

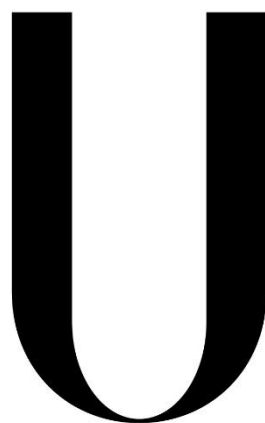
LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**O Comércio das Emissões Poluentes à Luz do Direito Administrativo
Português**

Diana Raquel Madeira Campos Matos

Mestrado em Direito Administrativo
Lisboa, 2017



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**O Comércio das Emissões Poluentes à Luz do Direito Administrativo
Português**

Diana Raquel Madeira Campos Matos

Dissertação orientada por
Professora Doutora Ana Fernanda Neves

Mestrado em Direito Administrativo
Lisboa, 2017

**À Professora Doutora Ana Fernanda Neves
Por todo o conhecimento que me transmitiu ao
longo da elaboração da Dissertação.**

**Aos meus pais, em especial à minha mãe pela
motivação e coragem transmitidas.
Aos meus primos, irmão, amigos e restantes
familiares pelo incentivo.
Ao João por tudo.**

*“A natureza pode suprir todas as necessidades do homem,
menos a sua ganância”*

Mahatma Gandhi

“Sou vida que quer viver e existo em meio à vida que quer viver”

Albert Schweitzer, Prémio Nobel da Paz

Lista de Abreviaturas

APA – Agência Portuguesa do Ambiente

CELE - Comércio de Europeu de Licenças de Emissão

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DIO - Diário Internacional de Operações

DL – Decreto-Lei

DOUE - Diário de Operações da União Europeia

EPA - Environmental Protection Agency

GEE – Gases com Efeito de Estufa

IGAMAOT - Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do ordenamento do Território.

LQCA - Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

PNALE - Plano nacional de atribuição de licenças de emissão

PPP – Princípio do Poluidor-Pagador

RCLE - Regime do Comércio de Licenças de Emissão

TEGEE – Título de Emissão de Gases com Efeito de Estufa

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

Resumo

A presente dissertação pretende abordar as particularidades do regime do Mercado de Emissões Poluentes à luz do Direito Administrativo Português, com o principal objetivo de estabelecer um elo de ligação entre o referido Mercado e os instrumentos administrativos utilizados para limitar as emissões poluentes.

Um dos aspetos que pretendemos destacar com o presente trabalho é a importância que alguns instrumentos internacionais assumiram na criação do Mercado de Emissões Poluentes, como é o caso do Protocolo de Quioto e que iremos analisar profundamente ao longo deste estudo.

No âmbito da análise do regime atribuímos especial importância ao procedimento de atribuição de licenças de emissão, bem como ao título de emissão de gases com efeito de estufa.

Em suma, concebemos este estudo com o propósito de analisar o Mercado de Emissões Poluentes nas suas várias vertentes, mas destacando o papel fundamental que o Direito Administrativo tem no funcionamento do mesmo.

Palavras-Chave: Mercado de Emissões Poluentes; Ambiente; Direito Administrativo; Administração Pública; Protocolo de Quioto.

Abstract

The following dissertation intends to address the characteristics of the polluting emissions market, according to the Portuguese Administrative Law, with the main purpose of establishing a connection between the above-mentioned market and the administrative resources used to restrict the pollutant emissions.

One of the aspects we intend to highlight with this work is the importance that some international means have assumed in creating the polluting emissions market, such as the Kyoto Protocol, which we will deeply review throughout this work.

Still in relation to the current theme, we are going to give a special importance to the procedures related to the attribution of emissions permits, as well as to the title of greenhouse gas emissions.

In short, we conceived this study with the purpose of making a analysis of the polluting emissions market in its different aspects, but trying to highlight the crucial role that the Administrative Law has in the functioning of the same.

Keywords: polluting emissions market; environment; Administrative Law; Public Administration; Kyoto Protocol.

Índice	
Introdução	9
Parte I.....	14
1. Enquadramento: A Criação do Mercado de Emissões Poluentes	14
1.1. A limitação das emissões quantificadas de gases com efeitos de estufa pelo Protocolo de Quioto	18
1.2. O Comércio de Emissões como instrumento do princípio do Poluidor-Pagador.....	24
2. O regime do Comércio Europeu de Licenças de Emissão de gases com efeito de estufa transposto para a ordem jurídica nacional.....	29
2.1. Caracterização do CELE.....	31
2.2. Fundamentos	35
2.2.1. O CELE e a Constituição da República Portuguesa.....	37
2.2.2. A legislação europeia e nacional relativa ao CELE	41
2.3. As fases do Comércio Europeu de Licenças de Emissão.....	45
2.3.1. A primeira fase do CELE (2005-2007)	46
2.3.2. Segunda e terceira fase do CELE (2008-2012) / (2013-2020)	49
Parte II	52
1. A atuação administrativa no domínio ambiental, em especial, os princípios da precaução e da prevenção na ótica do CELE	52
1.1. O procedimento de atribuição de títulos de emissão de gases de efeito de estufa (TEGEE).....	60
1.2. A atualização dos TEGEE	62
1.3. A atribuição de licenças de emissão	64
1.3.1. A atribuição de licenças de emissão gratuitas	68
1.3.2. A atribuição de licenças de emissão por leilão.....	71
1.4. A gestão de contas nacionais no Registo Português de Licenças de Emissão ..	76
2. A transferência, devolução e anulação de licenças de emissão	81
3. A fiscalização do cumprimento do regime do CELE	83
4. O Direito Administrativo sancionatório e o Direito Penal na tutela do ambiente	90
5. Regime Sancionatório	94
5.1. Penalizações por emissões excedentárias	94
5.2. Contraordenações	97
Conclusão	100
Bibliografia.....	102

Introdução

O comércio de licenças de emissões de gases com efeito de estufa é o primeiro instrumento de mercado no espaço da União Europeia de regulação das emissões de gases com efeito de estufa. O regime do comércio de licenças de emissão de GEE, regulado na legislação nacional¹, disciplina as condições que permitem às instalações nacionais abrangidas, a utilização deste mecanismo de mercado.

Com a presente dissertação pretendemos analisar os termos em que o regime nacional disciplina tal comércio, em particular as relações jurídico-administrativas que disciplina e os instrumentos jurídicos de Direito Administrativo que utiliza.

Num primeiro momento (Parte I) o nosso trabalho irá enquadrar as questões das alterações climáticas e o seu tratamento jurídico internacional, a criação do Mercado de Emissões Poluentes e o seu relacionamento com a União Europeia e por consequência, com os respectivos Estados-Membros, focando o regime nacional.

O problema das alterações climáticas, bem como a questão do efeito de estufa², têm vindo ao longo dos anos a merecer, infelizmente, cada vez maior destaque em todos os setores da nossa sociedade e obviamente, como não poderia deixar de ser, também no Direito.

As questões ambientais começaram a surgir na década de 70³, ainda de um modo muito embrionário, mas desde aí que foram conquistando e sensibilizando a opinião pública e hoje já podemos falar de verdadeiras políticas ambientais^{4 5}, e até, mais

¹Através do Decreto-Lei n.º 38/2013 de 15 de março.

²Entende-se por efeito de estufa o processo que ocorre, quando uma parte da radiação solar refletida pela superfície terrestre é absorvida por determinados gases presentes na atmosfera. Como consequência, o calor fica retido, não sendo libertado para o espaço.

³VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor do Direito*, Lisboa, 2001, p.17.

CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, 2012, pp. 15 ss..

⁴A Lei n.º 19/2014 de 14 de abril que define as Bases da Política de Ambiente (que revogou a Lei de Bases do Ambiente), prescreve no n.º 1 do artigo 2.º que: “A política de ambiente visa a efetivação dos direitos ambientais através da promoção do desenvolvimento sustentável, suportada na gestão adequada do ambiente, em particular dos ecossistemas e dos recursos naturais, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade de baixo carbono e uma «economia verde», racional e eficiente na utilização dos recursos naturais, que assegure o bem-estar e a melhoria progressiva da qualidade de vida dos cidadãos.”

E o artigo 9.º da mesma Lei que tem por epígrafe “Âmbito de aplicação da política de ambiente”, também dispõe que: “Na realização da política de ambiente, são indissociáveis os componentes ambientais naturais e humanos.”

⁵Acresce que o tratamento das alterações climáticas não pode ser separado de outras questões ambientais (JACQUELINE PEEL AND HARI M. OSOFSKY, “Sue To Adapt?”, *Minnesota Law Review*,

recentemente, começa a configurar a construção de um “Direito de proteção climática”⁶.

É também importante esclarecer que quando nos referimos às alterações climáticas estamos a falar de modificações (como temperaturas extremas, ausência ou excesso de precipitação, ...⁷) nos padrões globais do clima aferidas ao longo do tempo⁸, para cuja identificação e alcance foi decisiva a ciência e a sua evolução, principalmente ao nível tecnológico⁹.

Iremos analisar a questão da contabilização total das emissões de gases com efeito de estufa e a imposição da sua redução, por referência a objetivos traçados mundialmente, e cada vez mais exigentes. Associar um determinado preço a essas emissões tem sido um dos principais instrumentos para combater as alterações climáticas, o que suscita algumas reservas¹⁰.

Assim, é importante enquadrar o regime nacional de emissões no comércio internacional de licenças de emissão, considerando a vinculação internacional de Portugal à Convenção-Quadro das Nações Unidas e ao Protocolo de Quioto, ambos instrumentos jurídicos importantes na contribuição para a redução das taxas de emissão de gases com efeito de estufa¹¹.

Um dos princípios com maior relevância neste contexto, é o princípio do poluidor-pagador, na medida em que,- constitui uma forma de incentivo para que as instalações reduzam as suas atividades poluidoras numa lógica de responsabilizar o poluidor, pelo que o mesmo será analisado detalhadamente, em momento próprio, em todas as suas principais vertentes, até porque este princípio encontra se expresso no

2015, p. 2177), como a biodiversidade. Sobre a “ligação inextrincável” entre as duas temáticas, ver ANNECOOS WIERSEMA, “Climate Change, Forests, and International Law: REDD’s Descent into Irrelevance”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, volume 47, 2014, number 1, p. 10.

⁶ASTRID EPINEY, “Climate Protection Law in the European Union - Emergence of a New Regulatory System”, *Journal for European Environmental & Planning Law*, pp. 5-6.

⁷JACQUELINE PEEL AND HARI M. OSOFSKY, *idem*.

⁸SAMARA SPENCE, “Three Structural Changes for a New System of International Climate Change Mitigation Agreements Based on the WTO Model”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 44, 2011, p. 1419.

⁹Ao nível tecnológico destacamos o esforço no desenvolvimento de novas tecnologias consideradas “ambientalmente saudáveis” que para além de não terem um efeito nefasto no ambiente, ainda permitem reduzir os gases de efeito de estufa e aumentar os investimentos em projetos de tecnologia climática.

Para mais desenvolvimentos, sobre a forma como a tecnologia pode ser uma aliada no combate às alterações climáticas, vide:

A summary of current climate change findings and figures, 2013, disponível em: <http://www.unep.org/climatechange/Publications/Publication/tabid/429/language/en-US/Default.aspx?ID=6306>.

¹⁰SAMARA SPENCE, *Three Structural*, pp. 1416-1417.

¹¹Tema que será desenvolvido na Parte I, ponto 1.1.

direito internacional¹² e no direito da União Europeia¹³, e ainda goza, entre nós, de natureza constitucional.

Também a Diretiva 2003/87¹⁴ irá merecer um especial destaque da nossa parte, isto porque, foi a mesma que instituiu o comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa (CELE), com o intuito de reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em condições que sejam economicamente eficientes, tendo sido transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL N.º 38/2013¹⁵, que institui o Regime de Comércio de Licenças de Emissão (doravante RCLE) que tem por finalidade que a redução das emissões sejam obtidas ao menor custo para a sociedade, o que igualmente merecerá relevo da nossa parte.

¹²Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro de 3 a 14 de junho de 1992, disponível em:

<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>

Portugal é Parte da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, tendo procedido a sua ratificação em 21 de junho de 1993, através do Decreto n.º 20/93, de 21 de junho, alterado pelo Decreto n.º 14/2003 de 4 de abril.

Portugal ratificou o Protocolo de Quioto a 25 de março de 2002, através do Decreto n.º 7/2002, de 25 de março.

¹³Através do Ato Único Europeu, no atual n.º 2 do artigo 191.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que dispõe: “A política da União no domínio do ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador. (...)”.

Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC>

A matéria do ambiente aparece ainda contemplada no Tratado de Lisboa assinado a 13 de dezembro de 2007 onde o n.º 2 do artigo 10.º-A dispõe que “A União define e prossegue políticas comuns e ações e diligência no sentido de assegurar um elevado grau de cooperação em todos os domínios das relações internacionais, a fim de:”

alínea f): “Contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável”

Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>

A propósito da importância assumida pela ideia de desenvolvimento sustentável no Tratado de Lisboa, alguns autores referem que “Cumprir fazer menção a, pelo menos, mais duas áreas de intersecção com a política de ambiente que agora emergem formalmente: por um lado, a luta contra as alterações climáticas, domínio onde a União se tem vindo a distinguir internacionalmente nos últimos anos, na sequência da ratificação, em 2002, do Protocolo de Quioto; por outro lado, a estreita ligação que se vem estabelecendo entre protecção do ambiente e promoção da utilização de recursos renováveis com vista à geração de energia, tanto no plano da produção de electricidade, quanto na produção de biocombustíveis, autêntica catapulta de uma política (partilhada) de energia, hoje claramente assumida no Título XXI do TFUE. Significativamente, estes dois domínios – clima e energia – têm estado bem no centro da agenda político-legislativa europeia ao longo dos últimos anos”.

CARLA AMADO GOMES, TIAGO ANTUNES, O AMBIENTE NO TRATADO DE LISBOA: UMA RELAÇÃO SUSTENTADA, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 28 de mayo de 2010, p. 3.

¹⁴Directiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de outubro de 2003 relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho, JO L 275 de 25.10.2003.

Doravante Diretiva 2003, versão de 2017 disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003L0087-20171229&from=EN>

¹⁵Não esqueçamos que a nível nacional o Decreto-Lei n.º 233/2004, de 14 de dezembro foi o qual procedeu à transposição para a ordem jurídica interna da diretiva CELE, posteriormente como sabemos alterado por diversos decretos-leis.

Na parte II do nosso estudo iremos estabelecer uma ligação com os instrumentos administrativos utilizados para delimitar as emissões poluentes. Serão objeto de estudo temas como, - a obtenção de licenças (dependentes de uma série de procedimentos administrativos), os títulos e as licenças de emissão de gases poluentes, a análise do Registo Português de Licenças de Emissão, e por fim o regime sancionatório.

Todo o comércio de emissões encontra-se sob a égide do Direito Administrativo, desde a atribuição de licenças, às obrigações da administração e a monitorização e controle que recaem sobre o particular, o que nos leva a afirmar que são as autoridades administrativas que detêm um papel fundamental em todo este processo.

Temos contudo a noção clara de que este comércio utiliza igualmente diversos instrumentos económicos, daí que existam autores a referir se a este Mercado como um *tertium genus*¹⁶, isto é, uma espécie de direito misto, o intermédio entre duas classificações.

O regime jurídico, demonstra que compete à Administração Pública fiscalizar o mercado de emissões, assumindo esta um papel fiscalizador dos deveres dos operadores.

Sendo assim, a política ambiental, deve recorrer ao direito administrativo, uma vez que este constitui a melhor resposta para regular as questões de carácter técnico. É, pois, nítido que o Direito do Ambiente se encontra intimamente relacionado com o direito administrativo, já que tem a Administração as atribuições legais¹⁷ que permitem uma intervenção fiscalizadora, sancionatória e preventiva neste âmbito.

Importa no entanto salientar que a “proximidade do Direito Administrativo não deve conduzir à conclusão da absorção do Direito do Ambiente por aquele”¹⁸. Assim, apesar do elo de ligação existente entre ambos, o Direito do Ambiente é o ramo com uma autonomia relativa¹⁹ e com as suas próprias especificidades, aliás o problema da

¹⁶TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, 2006, p. 34.

Esta figura é também muito conhecida a propósito da classificação jurídica dos animais, em que determinados autores por não considerarem que o animal seja equiparado a uma coisa, nem a uma pessoa, defendem o intermédio de ambos os conceitos, o chamado *tertium genus*.

¹⁷Estamos, pois, a referir-nos a figuras do Direito Administrativo, como os atos administrativos, os atos sancionatórios, os regulamentos e o procedimento administrativo.

¹⁸CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, 2012, p. 26.

¹⁹Sobre esta autonomia relativa do Direito do Ambiente, acreditamos que “o que acima de tudo deverá estar em causa não é uma afirmação radical da independência do direito do ambiente mas a ideia de que este direito implica necessariamente a revisão dos institutos, das técnicas e dos instrumentos dogmáticos clássicos de outros ramos de direito, aqui orientados pelas ideias de protecção e de promoção de um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS,

proteção do ambiente é transversal a outros ramos do Direito e por isso, também iremos abordar como pode o Direito Penal tutelar o ambiente, em especial o regime do mercado de emissões poluentes com recurso à acessoriedade administrativa.

Em suma, não pretendemos, com o presente estudo, solucionar todas as questões colocadas à volta do regime jurídico do comércio de emissões poluentes, uma vez que a complexidade do regime é elevada, e tal seria uma tarefa impossível de ser realizada no âmbito da presente dissertação. Pretendemos sim, contribuir para o estudo sobre o mercado de emissões poluentes, nas suas diversas vertentes, mas em especial as questões suscitadas do ponto de vista jurídico-administrativo.

Sabemos, e não podemos deixar de concordar, que um tema de tal importância acarreta riscos já que “o Direito do Ambiente é um direito revolucionário, que afronta os usos tradicionais, convidando a uma gestão racional dos recursos naturais, suporte da existência de vida humana no planeta”²⁰.

Deve por isso a ordem jurídico-administrativa mostrar-se maleável e dinâmica, como forma de conseguir interagir com outros ramos de direito e, assim, conseguir desempenhar corretamente as suas funções.

Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, in *Cadernos CEDOUA*, 2ª edição, 2007, pp. 14 – 15.

²⁰CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, Lisboa, 2008, p. 33.

Parte I

1. Enquadramento: A Criação do Mercado de Emissões Poluentes

Historicamente, podemos afirmar que a problemática ambiental é desencadeada após a Revolução Industrial do século XIX que ficou marcada por acontecimentos que introduziram uma nova forma de produção e de consumo que alteraram as práticas comerciais até então consolidadas²¹.

Com efeito, a procura insaciável de recursos naturais aliada ao desenvolvimento tecnológico originaram episódios de degradação ambiental, que fizeram emergir o direito do ambiente “como um direito de reconciliação (ou de reconciliação possível) entre o Homem e o meio, no que traduz uma tentativa de sustentar a degradação do estado dos recursos sem com isso pôr em causa o modelo de desenvolvimento socioeconómico que sustenta a civilização ocidental”²².

É como fruto desta cadeia de eventos que os Estados, reunidos no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, em 1992 (Conferência do Rio²³), adotaram os mecanismos necessários no combate às alterações climáticas²⁴.

Assim, foi naquela ocasião aberta para assinatura a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas²⁵, daqui decorre a obrigação das partes em reduzirem as emissões poluentes e com isso cumprirem as metas estipuladas^{26 27}. A

²¹A este propósito CARLA AMADO GOMES, refere vários acidentes com petroleiros que tiveram grande impacto na natureza, CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 15.

²²CARLA AMADO GOMES, *idem*.

²³Também denominada por Cúpula da Terra, Cimeira da Terra, Rio 92 ou Eco 92.

²⁴Nomeadamente adotaram: a Carta da Terra, a Agenda 21, a Declaração de Princípios sobre Florestas, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e ainda três Convenções, a saber: Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção das Nações Unidas de Combate à desertificação e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas.

²⁵Trata-se de um Tratado Internacional assinado em junho de 1992 por 154 Países no Rio de Janeiro, entrando em vigor em 1994, previa que todos os Estados a ela vinculados tivessem que diminuir as suas emissões de gases de efeito de estufa até ao final da década.

²⁶No artigo 2.º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas dispõe-se que: “O objectivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos legais que a Conferência das Partes possa vir a adoptar é o de conseguir, de acordo com as disposições relevantes da Convenção, a estabilização das concentrações na atmosfera de gases com efeito de estufa a um nível que evite uma interferência antropogénica perigosa com o sistema climático. Tal nível deveria ser atingido durante um espaço de tempo suficiente para permitir a adaptação natural dos ecossistemas às alterações climáticas, para garantir que a produção de alimentos não seja ameaçada e para permitir que o desenvolvimento económico prossiga de uma forma sustentável.”

²⁷“*The UNFCCC obligates parties to pursue climate change mitigation as a policy goal through international negotiation but does not set any specific numeric limits on GHG emissions or establish any*

Convenção Quadro constitui “*um tratado-quadro que prevê outros tratados para a especificação dos meios para a redução das emissões*”²⁸.

Assim e de modo a alcançar-se as respetivas metas, a Convenção pressupõe que as partes devam guiar-se por um conjunto de princípios essenciais, nomeadamente, o princípio das responsabilidades comuns²⁹, o princípio da equidade³⁰, o princípio da precaução³¹, o princípio do desenvolvimento sustentável³² e o princípio da cooperação³³.

Quanto à importância do Direito Internacional do Ambiente VASCO PEREIRA DA SILVA refere que “os problemas ecológicos possuem uma dimensão global necessitada de resolução à escala internacional”, mais ainda refere o mesmo Autor que “a assinatura de convenções e tratados multilaterais, representam pequenos mas importantes passos no sentido da protecção do meio-ambiente à escala do planeta, não apenas pelos seus

means to achieve mitigation” - SAMARA SPENCE, “Three Structural Changes for a New System of International Climate Change Mitigation Agreements Based on the WTO Model”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, volume 44, 2011, p. 1426.

²⁸SAMARA SPENCE, “Three Structural Changes”, p. 1427.

²⁹Alínea 1) do artigo 3.º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, dispõe que: “As Partes Contratantes devem proteger o sistema climático para benefício das gerações presentes e futuras da humanidade, com base na equidade e de acordo com as suas responsabilidades comuns, mas diferenciadas e com as respetivas capacidades. Assim, as Partes constituídas por países desenvolvidos devem tomar a liderança no combate à alteração climática e aos seus efeitos adversos;”.

³⁰Alínea 2) do artigo 3.º da supra Convenção dispõe que: “As necessidades específicas e as circunstâncias especiais das Partes constituídas por países em desenvolvimento, especialmente os que são particularmente vulneráveis aos efeitos prejudiciais das alterações climáticas, e das Partes Contratantes, especialmente os países em desenvolvimento, que deveriam suportar um encargo desproporcionado e anormal resultante da Convenção, devem ser tidas em plena consideração;”.

³¹Alínea 3) do artigo 3.º da mesma Convenção estipula que: “As Partes devem tomar medidas cautelares para antecipar, evitar ou minimizar as causas das alterações climáticas e mitigar os seus efeitos prejudiciais. Quando haja ameaças de danos graves ou irreversíveis, a falta de certeza científica não deve ser utilizada para justificar o adiamento da tomada de tais medidas, tendo em conta, no entanto, que as políticas e as medidas relacionadas com as alterações climáticas devem ser eficazes relativamente ao seu custo, de tal modo que garantam a obtenção de benefícios globais ao menor custo possível. Para se conseguir isto, tais políticas e medidas devem ter em consideração os diversos contextos sócio-económicos, acessíveis, cobrirem todas as fontes, sumidouros e reservatórios de gases com efeito de estufa e adaptar-se e englobar todos os sectores económicos. Os esforços direccionados às alterações climáticas podem ser realizados em cooperação entre as Partes interessadas;”.

³²Alínea 4) do artigo 3.º Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, refere que: “As Partes têm o direito e devem promover o desenvolvimento sustentável. As políticas e as medidas para proteger o sistema climático contra as alterações causadas pela actividade humana devem ser apropriadas às condições específicas de cada Parte e devem estar integradas nos programas nacionais de desenvolvimento, tendo em consideração que o desenvolvimento económico é essencial para a adopção de medidas direccionadas com as alterações climáticas;”.

³³Alínea 5) do artigo 3.º Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, dispõe que: “As Partes devem cooperar na promoção de um sistema económico internacional, apoiante e aberto, que conduza a um crescimento económico e a um desenvolvimento sustentáveis em todas as Partes, especialmente as Partes Contratantes dos países em desenvolvimento, permitindo assim que estes tenham uma maior capacidade para enfrentar os problemas suscitados pelas alterações climáticas. As medidas tomadas para combater as alterações climáticas, incluindo as medidas unilaterais, não devem constituir um meio para efectuar uma discriminação arbitrária ou injustificada, ou uma restrição encapotada, ao comércio internacional.”

efeitos imediatos como também em razão da sua dimensão pedagógica, abrindo caminho para formas mais efectivas de tutela ambiental, tanto à escala internacional como ao nível de diferentes Estados”³⁴.

Contudo e apesar de muito bem estruturada e da sua universalidade, a Convenção-Quadro não conseguiu prever sanções eficazes quando se verificassem violações às suas normas.

E é neste sentido que em dezembro de 1997 celebra-se, em Quioto, o Protocolo de Quioto³⁵, onde ficaram estipulados compromissos relevantes no que respeita à proteção do ambiente, sendo o Comércio de Emissões um dos mecanismos previstos no Protocolo³⁶. De acordo com este, as partes podem transacionar quotas de emissão, não podendo exceder a quantia fixada pelos compromissos estabelecidos³⁷.

Na prática este instrumento foi importado dos Estados Unidos da América, sobretudo com base na experiência do *Clean Air Act's Acid Rain Program*³⁸ elaborado pela *Environmental Protection Agency*³⁹ mais conhecida pela sigla, EPA, que se traduziu num esforço na redução dos níveis de dióxido de enxofre e óxidos de azoto, os principais gases responsáveis pelas chuvas ácidas.

Assim, o Comércio de Emissões de gases com efeito de estufa, deriva da premissa que tanto as entidades públicas como os particulares encontram-se vinculadas ao dever de controlar a poluição e de salvaguardar o ambiente.

Daqui advém a importância assumida pela vertente preventiva no que respeita a adoção de medidas que antecipem, dentro da medida possível, os riscos ambientais.

Cumprir verificar que a Administração Pública cede o seu papel de controlo de delimitar até onde se pode poluir, passando apenas a distribuir as licenças e autorizações de emissões poluentes. O mercado de emissões desses gases passa, deste modo, a ser

³⁴VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, pp. 45 – 46.

³⁵Disponível em <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/Protocolo%20de%20Quioto%2011-12-1997.htm>.

³⁶Artigo 17.º do Protocolo de Quioto estabelece que: “A Conferência das Partes deve definir os princípios, as modalidades, regras e diretrizes apropriados, em particular para verificação, elaboração de relatórios e prestação de contas do comércio de emissões. As Partes incluídas no Anexo B podem participar do comércio de emissões com o objetivo de cumprir os compromissos assumidos sob o Artigo 3.º. Tal comércio deve ser suplementar às ações domésticas com vistas a atender os compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos sob esse Artigo.”

³⁷Artigo 3.º do Protocolo de Quioto estabelece os compromissos quantificados de limitação e redução de emissões.

³⁸Programa da Chuva Ácida. Disponível em <https://www.epa.gov/airmarkets/acid-rain-program>.

³⁹Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos da América.

aberto e concorrencial.

É neste sentido que concordamos com a afirmação que refere que “é hoje consensual na doutrina a ultrapassagem da fase da Administração agressiva e a transição para a Administração prestadora, protagonista do Estado Social, ou mesmo já pós-social”.⁴⁰

Ou seja, deixa a Administração de servir-se de meios de autoridade, para se tornar “prestadora e constitutiva ou infra-estadual, o que provocou um extraordinário alargamento das tarefas ou funções que ela foi chamada a desempenhar, mas também um correlativo acréscimo dos seus deveres e vinculações relativamente aos particulares, não podia o reconhecimento de direitos dos particulares ter deixado de acompanhar esse crescimentos”⁴¹.

É de salientar, que apesar deste mercado, - permitir que os agentes económicos possam de forma livre e autónoma negociar entre si as quotas de poluição, os mesmos não podem ultrapassar o limite de poluição que lhes é imposto, isto advém, da existência de “um tecto máximo de poluição”⁴².

Contudo e como tudo tem dois lados, ao estabelecer estes limites máximos de poluição, existem os chamados “riscos de fuga para outras fontes poluentes”⁴³, no fundo pretende-se alertar que não basta implantar um limite máximo de poluição, a solução terá que passar por alargar o “tamanho” do mercado das emissões poluentes de modo a abranger o maior número de substâncias possíveis.

Ainda no que concerne ao “tamanho” do mercado, tem a Administração um papel de extrema importância, já que é a mesma que define o número de quotas de poluição que o constituem.

Em síntese, o CELE tem em vista promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes.

⁴⁰CARLA AMADO GOMES, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente. Em especial, os Actos Autorizativos Ambientais*, Coimbra, 2000, p.55.

⁴¹VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, p. 273

⁴²Expressão utilizada por TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p. 33.

⁴³TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p. 213

1.1. A limitação das emissões quantificadas de gases com efeito de estufa pelo Protocolo de Quioto

Como vimos no capítulo anterior, o objetivo de combater os efeitos nefastos causados pelas emissões de gases com efeito de estufa, originaram no início dos anos noventa, à assinatura da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas.

Esta Convenção pretendeu, sobretudo, impor metas e princípios aos Estados, e tendo em linha de conta que se trata de uma matéria onde há pouco consenso, com este instrumento jurídico de direito internacional⁴⁴ pretendeu-se alcançar um caminho melhor na redução das taxas de emissão de gases com efeito de estufa.

Contudo e como a mesma não tinha cariz vinculativa para os países que a ratificaram, os objetivos iniciais da mesma não foram cumpridos.

A este prepósito deriva a necessidade que as normas incluídas nestas Convenções tivessem caráter vinculativo, já que “a delicadeza das questões ambientais – tanto do ponto de vista da preservação da soberania, como da alteração de mentalidades das populações – faz com que o *soft law* abunde neste novo domínio do Direito Internacional, flexibilizando excessivamente as normas prescritas e deixando sem sanção as violações das (poucas) obrigações de resultado inscritas nas convenções”⁴⁵.

Assim, em 1995 reuniu-se em Berlim a Conferência das Partes⁴⁶ onde foi assumido o compromisso, este sim vinculativo, de reduzir os níveis de emissão de gases com efeito de estufa, sendo que a 11 de dezembro de 1997 nasce o Protocolo de Quioto.

⁴⁴A prepósito das normas de Direito Internacional do Ambiente, escreve CARLA AMADO GOMES, que as mesmas devem conter uma “vocação adaptativa” sendo “comum a prática de estabelecer grandes linhas de orientação em convenções-quadro e deixar para protocolos subsequentes, negociados e aprovados pela Conferência das Partes, a regulação detalhada das actuações a desenvolver, muitas vezes com resultados bem mais ambiciosos do que os plasmados no instrumento inicial”. CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 51.

⁴⁵CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 52.

⁴⁶A prepósito da Conferência de Partes (COP) a mesma é composta por todas as partes que ratificaram a Convenção.

Nesta Conferência estabeleceu-se a possibilidade de acrescentar mecanismos e protocolos à mesma, desde logo é o que resulta do nº1 do artigo 17º da Convenção quando prevê: “A Conferência das Partes pode, em qualquer sessão ordinária, adoptar protocolos para a Convenção”.

O Protocolo de Quioto⁴⁷ foi o primeiro instrumento internacional que consagrou um sistema de comércio de emissões poluentes e é por isso considerado um marco histórico no combate ao aquecimento global.

No fundo, este protocolo deriva da própria premissa do Direito Internacional do Ambiente, que estabelece que os problemas ecológicos possuem uma “dimensão global necessitada de resolução à escala internacional”, e “representam pequenos mas importantes passos no sentido da protecção do meio-ambiente à escala do planeta, não apenas pelos seus efeitos imediatos como também em razão da sua dimensão pedagógica, abrindo caminho para formas mais efectivas de tutela ambiental, tanto à escala internacional como ao nível dos diferentes Estados”⁴⁸.

Em Quioto ficou assente que os países desenvolvidos se comprometiam, até ao período de 2008/2012 a reduzir o nível de emissões poluentes causadoras do efeito de estufa em, pelo menos, 5% relativamente aos níveis de 1990.

O “(...) Norte compromete-se a tomar medidas mais duras que o Sul. É neste sentido que esses acordos criam um equilíbrio entre os Estados ricos e os pobres. Mas esse equilíbrio é, na realidade, falseado por condições de aplicação diferentes de país para país, o que deixa cada Estado signatário livre para se conformar ou não, na medida do possível e segundo as conveniências (...)”^{49 50}.

Ainda assim, dada a particularidade e diferenciação de interesses dos vários Estados, esta não foi uma negociação simples e a mesma para entrar em vigor precisou que 55 países que produzem 55% das emissões, o ratificassem.

Sendo que o País responsável por mais de 35% de índice de emissões de gases não aderiu ao Protocolo de Quioto, estamos, pois, a referirmos nos aos Estados Unidos da América, assim concordamos com AL GORE quando refere que “Se os Estados Unidos *tivessem* aderido, o incentivo para a participação e empenho do resto do mundo teria sido esmagador, e os países em desenvolvimento teriam enfrentado muita pressão para aderir à segunda fase do tratado, como estava previsto”⁵¹.

⁴⁷ Apesar de assinado em dezembro de 1997 o mesmo apenas entrou em vigor em fevereiro de 2005 após a Rússia o ratificar em novembro de 2004.

⁴⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, pp. 45 – 46.

⁴⁹ MICHEL BACHELET, *A ingerência ecológica*, Lisboa, 1995 p. 213.

⁵⁰ É de salientar que dentro dos gases de efeito de estufa, o CO₂ é considerado o mais importante em termos de volume, sendo que todos os outros gases têm seus potenciais de aquecimento global expressos em equivalência.

⁵¹ ALBERT GORE, *o Futuro, seis forças que irão mudar o mundo*, Coimbra, 2013, p. 427

O protocolo prevê a atribuição às empresas de uma determinada quota de licenças de emissões, com valor comercial, atribuição essa que não pode ser arbitrária já que há limites às licenças de emissões de gases poluentes.

Assim o protocolo de Quioto veio estabelecer outros mecanismos de relevância, nomeadamente o mecanismo de desenvolvimento limpo ⁵² (*clean development mechanism*) que tem como objetivo um desenvolvimento sustentável para que sejam alcançadas as metas que o mesmo estipulou. Este mecanismo de flexibilização, como o próprio nome indica, permite uma certa flexibilidade aos países industrializados para cumprirem as metas de redução.

Outro mecanismo que podemos mencionar é o da implementação conjunta⁵³ (*joint implementation*) que apesar de semelhante ao anterior, já que também tem em vista uma redução de emissões, permite que as partes listadas no anexo I participem em projetos de redução de emissões.

E por fim o protocolo de Quioto também contemplou o comércio de emissões (*emissions trading*), estabelecendo a possibilidade de transação de emissões de gases com efeitos de estufa entre os Estados, ou seja, o que se pretende é que apesar do compromisso jurídico que os intervenientes assumiram, tenham as mesmas modalidades no cumprimento dos objetivos do protocolo.

Este comércio pretendeu que os países desenvolvidos (que são os que possuem uma taxa mais alta de poluição) reduzissem as suas emissões de gases de efeitos de estufa, garantindo por outro lado que aos mesmos fosse concedida uma dose de flexibilidade nas formas de alcançar tal meta.

⁵²O n.º 2 do artigo 12.º prescreve que “The purpose of the clean development mechanism shall be to assist Parties not included in annex I in achieving sustainable development and in contributing to the ultimate objective of the Convention, and to assist Parties included in annex I in achieving compliance with their quantified emission limitation and reduction commitments under article 3.”

⁵³O artigo 6.º dispõe que: “For the purpose of meeting its commitments under article 3, any Party included in annex I may transfer to, or acquire from, any other such Party emission reduction units resulting from projects aimed at reducing anthropogenic emissions by sources or enhancing anthropogenic removals by sinks of greenhouse gases in any sector of the economy, provided that:

- a) Any such project has the approval of the Parties involved;
- b) Any such project provides a reduction in emissions by sources, or an enhancement of removals by sinks, that is additional to any that would otherwise occur;
- c) It does not acquire any emission reduction units if it is not in compliance with its obligations under articles 5 and 7; and
- d) The acquisition of emission reduction units shall be supplemental to domestic actions for the purposes of meeting commitments under article 3.”

Daí que há autores a referirem se a este Protocolo como o "primeiro instrumento internacional a consagrar um sistema de comércio de emissões poluentes"⁵⁴.

Deriva deste comércio de emissões poluentes o estabelecimento de um limite máximo de emissões poluentes, sendo que para conseguirem alcançar tal objetivo as empresas podem começar a utilizar combustíveis mais ecológicos ou a implementar medidas de eficiência energética. Assim, se por um lado quando possuem licenças em excesso poderão as comercializar, por outro quando aumentarem as suas emissões terão que recorrer ao mercado para adquirir mais licenças.

Efetivamente, a inovação deste instrumento reside no facto de se tratar de uma obrigação jurídica que os Estados assumiram com consequências e sanções em caso de incumprimento.

Mais ainda, o que se pretende com o protocolo de Quioto é criar nos vários Estados uma “consciência ambiental” que possibilite a compreensão de que o ambiente deve ser respeitado a fim de acautelar a sobrevivência na terra.

Em suma, tanto o protocolo de Quioto como a Convenção Quadro são dois mecanismos de Direito Internacional do Ambiente que pretenderam proteger mais eficazmente (e a nível mundial) o ambiente.

Ambos partiram com o mesmo objetivo, a saber, o de estabilizar os níveis de emissões de gases com efeito de estufa de 1990, com vista a um desenvolvimento económico de forma sustentável.

Contudo o que destaca este protocolo é o seu carácter inovador, que reside no fato, do mesmo estabelecer medidas distintas para cada tipo de país. Porém são ainda várias as matérias neste instrumento que não tem unanimidade, é o caso do estabelecimento de um limite de poluição de cada Estado, isto porque há os que defendem a ideia de um mercado global de carbono⁵⁵.

Por influência do que ficou estipulado em Quioto, a União Europeia ao consagrar o comércio de emissões poluentes pretendeu criar um mercado único de emissões no âmbito da política ambiental comunitária. É neste sentido que “hoje em dia, se pode

⁵⁴TIAGO ANTUNES, *o Comércio*, p. 40

⁵⁵ Para mais desenvolvimentos, vide GERT TINGGAARD SVENDSEN, *Public choice and environmental regulation chelthenhon* : tradable permit systems in the United states and CO2 taxation en Europe / Gert Tinggaard Svendsen. - Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar, XIX, 1998, pp. 170 e ss..

afirmar que a ideia de uma “Europa verde” constitui um elemento caracterizador e uma linha-de-força da actuação da União Europeia”⁵⁶.

Utilizando as palavras de CARLA AMADO GOMES, “a evolução do Direito Eurocomunitário do Ambiente tem sido vertiginosa”⁵⁷ e tem o mesmo conseguido superar as barreiras do Direito Internacional, tendo em linha de conta os órgãos e os mecanismos que possui cada Estado-Membro.

Apesar do Protocolo de Quioto ser visto como um importante primeiro passo para reduzir a poluição é reconhecido que é necessário um compromisso mais ambicioso para a redução das emissões.

É neste contexto que em 2011 foi realizada, em Durban, a Conferência do clima onde os líderes mundiais empenharam-se para chegar a uma decisão sobre as alterações climáticas e embora não tenham sido acordados objetivos vinculativos, os Estados comprometeram-se a negociar um acordo legal que deverá entrar em vigor em 2020.

Em Durban, os principais emissores de gases de efeito de estufa como a Índia, China e os Estados Unidos concordaram em aceitar tarifas de emissão de gases de efeito de estufa no futuro através de um novo protocolo ou de um novo instrumento legal.

Apesar da percepção de todos os Estados de que a poluição de carbono é um problema à escala mundial que requer ação urgente, os interesses particulares continuam a dominar as negociações o que por si só dificulta a elaboração de um acordo global sobre a mudança climática⁵⁸.

Ainda no âmbito da Convenção-Quadro nas Nações Unidas foi aprovado, mais recentemente, em 2015 o Acordo de Paris⁵⁹, um tratado que rege medidas de redução das emissões de dióxido carbono. O objetivo primordial do Acordo de Paris é limitar o aumento da temperatura média global a níveis abaixo dos 2°C acima dos níveis

⁵⁶VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 46.

⁵⁷CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 57.

⁵⁸Para mais desenvolvimentos sobre a Conferência de Clima em Durban e sobre a era pós-Quito vide: BRUNO ZELLER AND MICHAEL LONGO, Carbon Reduction in the Post-Kyoto era. Have we progressed? A comparison in *Global Journal of Comparative Law* 1, 2012, pp. 7 – 37.

⁵⁹ O Acordo de Paris foi adotado na 21ª Conferência das Partes a 12 de dezembro de 2015, assinado a 22 de abril de 2016 e entrou em vigor a 4 de novembro de 2016.

O objetivo central do Acordo de Paris foi por um lado fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima e por outro, reforçar a capacidade dos países para lidar com os impactos decorrentes dessas mudanças.

Para mais desenvolvimentos sobre o Acordo de Paris vide:

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0256+0+DOC+PDF+V0//PT

pré-industriais e prosseguir esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C, de forma a reduzir significativamente os riscos e impactos das alterações climáticas⁶⁰.

Embora o Acordo de Paris pouco o mencione, a implementação de medidas de redução de emissões no sector da agricultura é essencial para atingir-se os objetivos acordados em Paris. O setor da agricultura contribui entre os 20% a 25% das emissões globais de gases de efeito de estufa, ou seja, para podermos alcançar o objetivo do Acordo de Paris em manter o aumento médio da temperatura global entre 1.5 e 2 graus celsius têm necessariamente que existir cortes drásticos nas emissões provenientes da agricultura.

Porém, a prática diz-nos que os Estados têm-se mostrado relutantes à ideia de limitar as emissões da agricultura, um dos motivos assenta na dificuldade em calcular as emissões da agricultura, devido à variedade de fatores envolvidos, como por exemplo, a dieta dos animais, a intensidade do trabalho, a composição do solo, o clima, os métodos fertilizantes empregues, entre outros.

Neste sentido, a Austrália surge como um “País modelo” a seguir, pois é o único País que possui o *Carbon Farming Initiative* um instrumento regulatório com um amplo conjunto de metodologias para atribuir créditos aos agricultores para todos os tipos de projetos de produção de carbono e assim limitar as emissões de gases de efeito de estufa, alcançando os objetivos do Acordo de Paris⁶¹.

O foco deveria passar por um esforço de pesquisa e desenvolvimento em metodologias que promovam a inovação em todos os setores agrícolas. Numa solução ideal e talvez utópica a mudança na dieta de produtos à base de carne seria a melhor forma de reduzir drasticamente as emissões da agricultura.

Em síntese, podemos afirmar que a atuação da comunidade internacional tem-se destacado “enquanto membro activo na busca de soluções globais para as questões ecológicas”, e a União Europeia “tem-se destacado como um importante bastião de defesa do meio-ambiente”^{62 63}.

⁶⁰É o que resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do Acordo de Paris.

⁶¹Para mais desenvolvimentos sobre a inclusão do setor agrícola na redução de emissões de gases com efeito de estufa e o exemplo particular do *Carbon Farming Initiative* da Austrália como forma de estimular os agricultores a reduzirem as emissões de carbono para a atmosfera, vide: o artigo de JONATHAN VERSCHUUREN, Towards a Regulatory Design for Reducing Emissions from Agriculture: Lessons from Australia’s Carbon Farming Initiative in *Climate Law*, volume 7, 2017, p. 11 ss.

⁶²VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, pp. 46-47.

1.2. O comércio de emissões como um instrumento do princípio do Poluidor-Pagador

O princípio do Poluidor-Pagador⁶⁴ significa, na sua essência, a existência de uma obrigação do responsável pela poluição em assumir os custos tanto da atividade poluente como da introdução de medidas internas de prevenção e controle necessárias para combater as ameaças e agressões ao ambiente.

Na Recomendação da OCDE, que o instituiu⁶⁵, estabelece-se que “o poluidor deve suportar as despesas da tomada de medidas de controlo da poluição decididas pelas autoridades públicas para assegurar que o meio-ambiente se mantenha num estado aceitável”, devendo tal custo refletir-se no custo dos bens e serviços que causam poluição na produção e/ou no consumo.

Segundo este princípio os agentes económicos “que são beneficiários de uma determinada actividade poluente devem igualmente ser responsáveis, pela via fiscal, no que respeita à compensação dos prejuízos que resultam para toda a comunidade do exercício dessa actividade”, ou seja, os prejuízos passam a ser mais amplos, incluindo se não apenas os “efectivamente causados, mas também aos custos da reconstituição da situação, assim como às medidas de prevenção que é necessário para impedir, ou minimizar, similares comportamentos de risco para o meio-ambiente”⁶⁶.

Nesta linha, este princípio pretende em certa medida fornecer uma compensação financeira não só pelos danos causados, mas também às medidas de prevenção que serão necessárias a inserir para evitar danos similares para o meio ambiente⁶⁷.

Não são unânimes as interpretações acerca do princípio do poluidor-pagador, desde o entendimento de que este se trata de uma forma de “autorização” para que se puna o poluidor, ate à imputação dos prejuízos ecológicos ao sistema de responsabilidade civil.

⁶³ Numa perspetiva diferente, CARLA AMADO GOMES, refere que as normas do Direito Internacional do Ambiente são “não exequíveis por si mesmas, cuja eficácia dependerá de incorporação em legislação nacional (...)”, CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, pp. 50- 56.

⁶⁴ Doravante PPP.

⁶⁵ O PPP surge pela OCDE com a Recomendação C (72) 128 de 26 de Maio de 1972 da intitulada como Princípios Reguladores da Dimensão Económica Internacional das Políticas Ambientais (*Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*).

⁶⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 75.

⁶⁷ É visto como aquele “que determina a adopção de políticas, nomeadamente fiscais que, através da redistribuição dos custos e de uma política de incentivos, altere a forma de agir dos operadores económicos, forçando-os a investimentos amigos do ambiente”, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 1350.

Daí que, apesar do princípio estar relacionado com a ideia de responsabilizar não se pode esgotar nela, tendo que existir uma necessária articulação com o princípio da responsabilização⁶⁸.

Contudo e mesmo que este princípio remeta a ideia de que o poluidor deve indemnizar pelo dano por ele causado, não deve se confundir com o regime da responsabilidade civil.

Posteriormente, à Recomendação da OCDE, o princípio adquiriu consagração a nível comunitário com o Ato Único Europeu⁶⁹ e encontra se, hoje, previsto no Tratado de Funcionamento da União Europeia⁷⁰.

O PPP surge igualmente na Lei que define as bases da política de ambiente⁷¹, quando prevê a sua consagração como um princípio material de ambiente, sendo que no capítulo I ocupa-se a mesma de princípios gerais em matéria de defesa do ambiente⁷².

Tem concretização em vários domínios, de que se destaca a Diretiva 2004/35, de 21 de abril de 2004⁷³, que estabelece um quadro de responsabilidade ambiental baseado no

⁶⁸JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, 2ª edição, cadernos CEDOUA, Lisboa, 2007, p. 23.

⁶⁹O artigo 25.º do Ato único introduziu um título VII sobre ambiente no Tratado CEE, prevendo o então o 130.º-R, n.º 2, que a “ação da Comunidade em matéria de ambiente fundamenta-se”, entre outros, no princípio do poluidor-pagador.

⁷⁰No n.º 2 do artigo 191.º do TFUE (ex-artigo 174.º TCE) dispõe que: “A política da União no domínio do ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador”.

⁷¹ Lei n.º 19/2014, de 14 de abril que define as bases da política de ambiente (revogou a antiga Lei de Bases do Ambiente) e o PPP surge na alínea d) do artigo 3º quando dispõe que:

“Do poluidor-pagador, que obriga o responsável pela poluição a assumir os custos tanto da atividade poluente como da introdução de medidas internas de prevenção e controle necessárias para combater as ameaças e agressões ao ambiente;”.

⁷²Salientamos desde logo a alínea d) do artigo 3º da lei que define as bases da política do ambiente, quando dispõe:

“Do poluidor -pagador, que obriga o responsável pela poluição a assumir os custos tanto da atividade poluente como da introdução de medidas internas de prevenção e controle necessárias para combater as ameaças e agressões ao ambiente;”

Também na lei que define as bases da política do ambiente faz se menção a outros princípios de igual importância, a título de exemplo: o desenvolvimento sustentável, o da responsabilidade intra e intergeracional, da prevenção e da precaução, do utilizador-pagador, da responsabilidade e da recuperação.

Sendo que todos eles têm um objetivo em comum, definir uma política nacional do Ambiente.

Também na lei que define as bases da política do ambiente surge a política do ambiente sendo que no n.º 1 do artigo 2º, dispõe-se que a mesma “visa a efetivação dos direitos ambientais através da promoção do desenvolvimento sustentável, suportada na gestão adequada do ambiente, em particular dos ecossistemas e dos recursos naturais, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade de baixo carbono e uma «economia verde», racional e eficiente na utilização dos recursos naturais, que assegure o bem-estar e a melhoria progressiva da qualidade de vida dos cidadãos”.

⁷³Foi alterada posteriormente pelas:

Diretiva 2013/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de junho de 2013

Directiva 2009/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009

Directiva 2006/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Março de 2006

princípio do poluidor-pagador, com vista a prevenir e reparar os danos ambientais^{74 75}.

Assim, tem o poluidor que “suportar o custo das medidas que teve de tomar para o proteger o ambiente (nos termos da lei), devendo também pagar as providências que os poderes públicos tenham de adoptar para fazer face a actividades poluentes (sistema de análises, controlo e tratamento de resíduos, etc.)”⁷⁶.

Daqui decorre que o PPP visa uma intervenção anterior aos danos ocorridos, daí que surge associado aos princípios da prevenção e da precaução.

Também na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e Desenvolvimento faz-se menção ao princípio do poluidor-pagador⁷⁷ prevendo que aquele, cuja poluição esteja a causar alterações climáticas globais para além de terem que reduzir os GEE devem ajudar os outros Estados a cumprir igualmente esse objetivo⁷⁸.

O princípio do poluidor pagador e o princípio do desenvolvimento sustentável são considerados expressamente como princípios, na Diretiva europeia nº 2004/35 e igualmente na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas⁷⁹.

⁷⁴Entende-se por Dano Ambiental ou por Dano ao Ambiente a “perturbação do estado do ambiente determinado pelo sistema jurídico-ambiental”, sendo que esta perceção de dano ambiental tende a integrar na sua definição os bens jurídicos ecológicos.

Para mais desenvolvimentos sobre esta temática, vide JOSÉ DE SOUSA CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos, Da Reparação do Dano através de Restauração Natural*, Coimbra, 1997, pp. 129 e ss..

⁷⁵Ainda a propósito da diretiva 2004/35, em Portugal a mesma foi transposta pelos Decreto-Lei nº 147/2008 de 29 de julho que veio estabelecer o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais.

⁷⁶JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 23.

⁷⁷Artigo 16.º da Declaração estabelece que “As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos económicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.”

⁷⁸A propósito da Declaração do Rio no que respeita ao princípio do poluidor-pagador é de salientar a opinião de David Takacs, que no seu estudo sobre o Carbono, prevê que a poluição de GEE como um tipo de dano, onde os poluidores que ganharam economicamente a sua poluição devem pagar pelo dano que causaram.

Mais ainda refere o mesmo autor que este princípio é um exemplo robusto dos deveres que se aplicam às empresas transnacionais, originando numerosos acordos multilaterais no domínio do ambiente que responsabiliza as empresas pela poluição transfronteiriça que criam. Há, portanto, uma obrigação do poluidor pagar pelos seus atos. DAVID TAKACS, *Carbon Into Gold: Forest Carbon Offsets, Climate Change Adaptation, and International Law*, in California, 2009, p. 48.

⁷⁹Estabelece no seu ponto 4 do artigo 3.º que “As partes têm o direito e devem promover o desenvolvimento sustentável. As políticas e as medidas para proteger o sistema climático contra as alterações causadas pela actividade humana devem ser apropriadas às condições específicas de cada Parte e devem estar integradas nos programas nacionais de desenvolvimento, tendo em consideração que o desenvolvimento económico é essencial para a adopção de medidas direccionadas com as alterações climáticas”.

O desenvolvimento sustentável ⁸⁰ é, conforme refere PAULO OTERO, a “sustentabilidade consubstancia um desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração actual não restringindo a capacidade das gerações futuras”. Mais ainda refere o mesmo autor que este princípio “não se circunscreve, todavia, ao âmbito ambiental, envolvendo uma pluralidade de vertentes que condicionam a intervenção administrativa e contribuem para o “processo revolucionário em curso” no âmbito da Administração Pública”⁸¹.

Para além dos textos do Direito da União Europeia, este princípio também encontra expressão no nosso texto constitucional⁸², a posição perante o princípio do poluidor pagador é “algo contraditória, já que se, por um lado, este é o único princípio que surge citado simultaneamente no preâmbulo e no texto legal, deixando prever uma especial importância na conformação do regime da responsabilidade”⁸³.

Todavia é de salientar que este princípio não estabelece de todo um direito de poluir⁸⁴ desde que se pague, o que se pretende é que haja uma obrigação de corrigir ou emendar o mal que se causou.

Em suma, os fins últimos deste princípio - baseiam-se numa lógica de prevenção e de reparação, GOMES CANOTILHO refere, que os fins deste são, por um lado, a precaução ⁸⁵ e, por outro, a prevenção dos danos ao ambiente e a justiça na redistribuição dos custos das medidas públicas de luta contra a degradação do ambiente⁸⁶.

⁸⁰Consagrada na Lei que define as bases de política de ambiente na alínea a) do artigo 3.º quando dispõe “Do equilíbrio: devem criar-se os meios adequados para assegurar a integração das políticas de crescimento económico e social e de conservação da Natureza, tendo como finalidade o desenvolvimento integrado, harmónico e sustentável”.

⁸¹PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2013, pp. 141 ss..

⁸²No disposto da alínea h) do n.º2 do artigo 66.º ao impor ao Estado a tarefa de “assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com ambiente e qualidade de vida”.

⁸³A este propósito Alexandra Aragão refere que o mesmo princípio não assume a mesma importância no texto constitucional que na diretiva em questão, mais ainda refere que “o PPP não deixa de ser a última ratio que motiva o regime legal de responsabilidade ambiental mesmo em Portugal. A prova disto são as considerações preambulares do Decreto-lei n.º 147/2008, de inspiração puramente economicista, recorrendo a um linguajar típico da economia ambiental”.

MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “o princípio do poluidor-pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no Direito Europeu”, in *Actas de Colóquio*, Lisboa, 2009, p. 95.

⁸⁴O “Direito ao Ambiente” e o “Direito a Poluir” aparecem como figuras autónomas isto porque a primeira encontra-se prevista no artigo 66.º da Constituição, já quanto à segunda figura a mesma deve ser vista como uma licença administrativa de emissão de gases poluentes.

⁸⁵Significa o mesmo que “(...) perante a incerteza científica sobre os efeitos da acção, particulares deveres de cautela de quem age (in dubio pro ambiente), o que, no limite conduz à inversão do ónus da prova” JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, p. 1350.

⁸⁶Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, vide JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, 1998, p.51.

Daí que tem o poluidor duas vias possíveis, ou deixa de poluir, ou terá que suportar um custo económico, custo esse que é levado a cabo por medidas impostas pela Administração pública⁸⁷.

À luz do que foi referido pode o comércio europeu de licenças de emissão configurar uma interessante realização do princípio do poluidor-pagador.

Porém e para que haja uma efetiva concretização do princípio do poluidor-pagador, TIAGO ANTUNES refere que é necessário que a distribuição inicial das licenças de emissão se faça a título oneroso – o que não foi o caso nas duas primeiras fases do CELE - em que as licenças eram distribuídas a título gratuito.

Ou seja, o leilão como instrumento oneroso na distribuição de licenças de emissão é o mais aconselhável “por respeitar o princípio constitucional do poluidor-pagador e, assim, se revelar compatível com os imperativos fundamentais da Constituição Ambiental “⁸⁸.

Quanto à importância dos princípios de direito no âmbito da proteção ambiental, como é o princípio do poluidor-pagador, este é o "resultado da renovação da base ético que suporta a protecção jurídica ambiental e enriquece, aprofundando e ampliando, o sentido de justiça que funda o direito"⁸⁹.

Com efeito, sem dúvida que este mecanismo constitui um incentivo para que as instalações reduzam as suas atividades poluidoras, redução esta que é motivada seja pela penalização das emissões efetuadas sem licenças de emissão seja pelo custo que importa a aquisição de licenças de emissão.

⁸⁷A nível Europeu este princípio é visto como uma externalidade ambiental negativa, apesar do tema não ser objeto de estudo no presente trabalho, não queríamos deixar de ressaltar que foi por este princípio que se tentou encontrar uma forma de evitar que os custos suportados por quem não tinha culpa (a Sociedade em geral) mas sim fossem suportados pelos verdadeiros autores da poluição.

⁸⁸TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p. 190.

⁸⁹JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, p.1351.

2. O regime do comércio Europeu de licenças de emissão de gases com efeito de estufa transposto para a ordem jurídica nacional

O documento nacional que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2003/87/CE é o Decreto-Lei n.º 38/2013 de 15 de Março⁹⁰ que procedeu a alterações do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa.

Assim, procedeu o presente Decreto-Lei⁹¹ à introdução da figura do deferimento tácito⁹² na atribuição e atualização de título de gases com efeito de estufa, o que constitui para os operadores um verdadeiro benefício e uma importante desmaterialização no procedimento⁹³.

A atribuição de efeitos positivos ao silêncio da Administração na sua relação com os particulares serve o objetivo da simplificação.

Assim está o surgimento do deferimento tácito relacionado com a ideia de simplificação administrativa e procedimental, ou seja, contribuir para uma maior desburocratização para que o funcionamento da Administração Pública seja melhorado e os seus serviços sejam mais eficientes.

Contudo, se por um lado, o deferimento tácito aparece como um instrumento adequado para ultrapassar a inércia dos organismos públicos, por outro, este silêncio positivo pode ser visto como uma nova via de concessão de direitos, assistindo-se à demissão da Administração do seu papel constitutivo.

Pese embora o Direito da União Europeia não preveja a atribuição de efeitos

⁹⁰Doravante RCLE.

⁹¹Sendo que em 2016 procedeu-se à primeira alteração ao DL n.º 38/2013 pelo DL n.º 42-A/2016 de 12 de agosto, este último criou o Fundo Ambiental, extinguindo o Fundo Português de Carbono, o Fundo de Intervenção Ambiental, o Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos e o Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade.

Procede à primeira alteração do DL n.º 38/2013 “a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa”, conforme resulta da alínea g) do artigo 1.º do DL n.º 42-A/2016.

⁹²A consagração legal do deferimento tácito no nosso ordenamento administrativo encontra-se previsto no artigo 130.º do CPA, que considera que “Existe deferimento tácito quando a lei ou regulamento determine que a ausência de notificação da decisão final sobre pretensão dirigida a órgão competente dentro do prazo legal tem o valor de deferimento”.

⁹³Estabelece o n.º 6 do artigo 7.º do RCLE que “Decorrido o prazo para decisão sobre o pedido ou atualização do TEGEE, nos termos do n.º 4, sem que sobre o mesmo exista decisão expressa, considera-se tacitamente deferida a pretensão do operador, constituindo o comprovativo de entrega do pedido de TEGEE ou da respetiva atualização regularmente instruídos, acompanhado do comprovativo da taxa devida, título bastante para os efeitos do artigo anterior.”

jurídicos ao silêncio da Administração, a sua prescrição encontra-se estabelecida nos respetivos ordenamentos jurídicos nacionais.

Assim, mesmo no caso de inexistir uma decisão expressa, o início da exploração deve ter em conta o conteúdo do pedido do título de emissão de gases com efeito de estufa⁹⁴ e o cumprimento dos valores limite de emissão aplicáveis.

Todavia, a intenção de prever o mecanismo do deferimento tácito no nosso ordenamento jurídico seja com o objetivo de agilizar a “máquina administrativa”, a verdade é que a incerteza permanece quanto à sua eficácia, devendo o mesmo ser utilizado apenas e quando a sua adoção não implicar riscos para a tutela ambiental.

Somos da opinião que a atribuição de efeitos positivos ao ato tácito, apenas deve ser estabelecida nos casos tipificados na lei e apenas quando estão em causa direitos pré-existentes na esfera jurídica dos particulares que carecem de uma prévia decisão da Administração Pública.

Já sabemos que o CELE estabelece simultaneamente um limite máximo de poluição e a livre circulação das licenças de emissão entre os operadores⁹⁵, ou seja, no fundo a ideia parte por se conseguir poluir menos mas sem que isso acarrete prejuízos para os operadores económicos.

Como já observamos, as instalações abrangidas pelo CELE devem ser detentoras de um TEGEE⁹⁶, ou seja, as instalações dos Estados-Membros ao realizarem uma das atividades do anexo II do presente diploma devem ser detentoras do referido título que no caso português é emitido pela Agência Portuguesa do Ambiente^{97 98}.

Compete a esta agência receber os pedidos das novas instalações e remetê-los à Comissão Europeia assegurando a aplicação das disposições relativas à monitorização e comunicação de informações das emissões de gases com efeito de estufa.

Merece destaque o Decreto-Lei n.º 38/2013, isto porque o mesmo apresenta-se como uma nova abordagem ao mercado de emissões de licenças de emissão de gases com

⁹⁴Doravante, TEGEE.

⁹⁵No RCLE entende-se por Operador, “a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que explore ou controle uma instalação ou em quem tenha delegado um poder económico determinante sobre o funcionamento técnico dessa instalação.”

⁹⁶Conceito contemplado na alínea d) do artigo 3.º da Diretiva 2003 que remete para o disposto nos artigos 5.º e 6.º do mesmo diploma.

E a nível nacional na alínea u) do artigo 2.º do RCLE que remete para o capítulo III.

⁹⁷Doravante designada APA.

efeito de estufa harmonizado a nível da União Europeia.

2.1. Caracterização do CELE

Recuando uns anos atrás, em 1996⁹⁹, o Conselho de Ministros do Ambiente da União Europeia estabeleceu que a temperatura média global não deveria exceder os dois graus acima do nível pré-industrial. Neste sentido estabeleceu-se que as emissões de gases poluentes deveriam ser estabilizadas para que não ultrapassassem o limite de dois graus celsius.

Desde que o aquecimento global (segundo dados científicos) é o resultado da emissão de gases com efeito de estufa que se tornou imperativo que a União Europeia criasse um mecanismo que protegesse o clima e contribuísse para diminuir os gases poluentes.

A proteção legal do clima tem sido desenvolvida ao longo dos últimos 15 anos tanto a nível Internacional como a nível Regional como reação as alterações climáticas.

O conceito de comércio de emissões poluentes surge assim, seguindo o pensamento de TIAGO ANTUNES como "um instrumento de melhoria e salvaguarda ambiental", e é através deste instituto que se reconhece o "direito de poluir"¹⁰⁰ até uma certa quantidade.

Contudo, apesar do desenvolvimento dos últimos anos da literatura substancial sobre o comércio de emissões, este mecanismo esta longe de ser perfeito, apresentando diversas vicissitudes e suscitando uma série de questões jurídicas que ate à presente data ainda não foram realmente esclarecidas,.

⁹⁸A APA pertence à administração estadual direta.

⁹⁹Com base na informação divulgada pelo Painel Intergovernamental para as Alterações Climáticas (IPCC, sigla em inglês), das Nações Unidas.

¹⁰⁰Esta é uma questão onde o consenso não impera, e que após a criação do comércio de emissões adquiriu um enfoque maior.

Isto porque, se por um lado para aqueles que veem a poluição unicamente como um dano, obviamente que o direito de poluir será algo extremamene negativo.

Por outro, há quem entenda que a criação de um mercado de emissões onde se transicionam licenças de emissão e a inclusão de preços poderá não ser necessariamente algo negativo, e sim a forma encontrada para solucionar o problema da poluição existente em torno das emissões poluentes.

Pode o direito de poluir ser entendido sobre o prisma de um direito de emitir, ou seja, a lei prevê a admissibilidade de um mecanismo que emite determinadas quantidades de CO2 para a atmosfera por um determinado periodo de tempo.

Desde logo surge uma dificuldade quando queremos delimitar o tamanho do mercado, ou seja, delimitar os diferentes elementos e agentes envolvidos nos CELE.

Tem a definição do mercado, e posteriormente o preço das licenças importância, na medida em que, influenciará numa maior ou menor proporção os agentes económicos para que reduzam a quantidade de emissões, podendo porventura funcionar como um incentivo à redução das mesmas.

Outra questão, é o fato do CELE dar primazia ao dióxido de carbono¹⁰¹ como principal poluente, sendo que a propósito desta escolha, há Autores a defenderem que a mesma não é “inocente”, isto porque embora não seja o gás com maior potencial de aquecimento, o dióxido de carbono conhece um enquadramento científico mais consolidado e uma melhor capacidade de ser monitorizado¹⁰².

Numa lógica “*learning by doing*», a opção por se começar por um gás mais consensual e com custos de mitigação mais baixos permite a construção gradual de um esquema cada vez mais forte e abrangente com a introdução faseada e assimilação de avanços tecnológicos nos investimentos a longo prazo”¹⁰³.

No fundo quer isto dizer, que apesar do protocolo ter previsto inicialmente seis gases, a verdade é que o CELE delimitou o seu esforço de concentração num único gás, o CO₂, não permitindo alcançar os objetivos iniciais pretendidos pelo protocolo.

O CELE também constitui um exemplo da diminuição do controlo das atividades poluentes por parte da Administração.

Isto porque, o facto deste comércio ir para além do território nacional, vai em muito contra a ótica daquilo que define o próprio direito administrativo que está em muito relacionado com os Estados, os entes públicos e a todo o território nacional.

Apesar de caber tradicionalmente à Administração a tarefa de controlo das atividades poluentes, contudo esse controlo viu-se diminuído com a criação de instrumentos em prol da própria União Europeia como é o caso do CELE.

¹⁰¹ Apesar de no quadro II do protocolo de Quioto prevêr-se outros cinco tipos de gases de efeito de estufa susceptíveis de provocar o aquecimento global, para além do dióxido de carbono, que são eles: o metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), halo carbonos - bromo, cloro, flúor e iodo, hexafluoreto de enxofre (SF₆) e ozônio (O₃).

¹⁰² RUTE NETO CABRITA / GIL SARAIVA, *A Herança de Quioto em Clima de Incerteza, Análise Jurídico-Económica do Mercado de Emissões num Quadro de Desenvolvimento Sustentado*, Lisboa, 2000 pp. 803-804.

¹⁰³ Ibidem.

Conforme AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ refere “as normas de direito administrativo são de aplicação territorial” e portanto regem se pela “regra da territorialidade”. Mais ainda refere o mesmo autor que essas normas “têm uma eficácia especial definida pelas fronteiras portuguesas”¹⁰⁴.

Ou seja, todas estas questões levam nos a suscitar outras, nomeadamente no que respeita aos próprios efeitos transnacionais do ato administrativo, sendo que “os actos administrativos transnacionais assumem particular relevância a propósito da vertente da união que se traduz num espaço de fronteiras internas abertas e de fronteiras externas unificadas”¹⁰⁵.

Para além dos efeitos transnacionais do ato administrativo, no âmbito do Direito do Ambiente tem se assistido a grandes revisões do conceito de ato administrativo.

Segundo o pensamento de FREITAS DO AMARAL o ato administrativo pode ser definido como “o acto jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz uma decisão tendente a produzir efeitos jurídicos sobre uma situação individual e concreta”¹⁰⁶.

Nos termos do CPA “consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”¹⁰⁷.

Contudo e porque a rigidez que caracterizava a definição do ato administrativo começou a ser afastada assistindo se “a uma multiplicidade e diversidade de actos administrativos, conjungando (em proporções diversas) dimensões agressivas, prestadoras e infra-estruturais”¹⁰⁸.

Em virtude da importância assumida do Direito Administrativo na esfera jurídica do ambiente, é natural que o ato administrativo (como principal ato jurídico da Administração Pública) tenha assumido uma crescente importância na tutela do ambiente.

¹⁰⁴AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de direito administrativo*, I, Coimbra, 1976, pp. 528-529

¹⁰⁵NUNO PIÇARRA, *A Eficácia Transnacional dos Actos Administrativos dos Estados-Membros como elemento caracterizador do Direito Administrativo da União Europeia* in Estudos em homenagem ao professor Dr. Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010 p. 605

¹⁰⁶FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, 2001, p. 210

¹⁰⁷Artigo 148.º do CPA.

¹⁰⁸VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 194.

Assim, no domínio ambiental, são já muitos os atos administrativos que podem ser praticados pela Administração Pública. A título de exemplo, temos os atos de fiscalização (de controlo) preventivo¹⁰⁹, os atos sancionatórios¹¹⁰, as proibições, entre outros.

Contudo, há que salientar que também pode a Administração ser a potencial agressora do ambiente, “o que pode acontecer por omissão (de fiscalizações, embargos ou sanções), mas também (e principalmente) quando pratica actos administrativos ilegais (licenciamento contra lei expressa; omissão da AIA ou da audiência prévia dos interessados; realização de obras públicas)”¹¹¹.

A figura do ato administrativo na esfera jurídica do ambiente obriga a uma necessidade de reformulação do próprio conceito de ato administrativo. Esta necessidade de reformulação surge quando o ato colide com direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à iniciativa económica, os direitos de propriedade.

Ou seja, “os litígios jurídico-ambientais que podem surgir à volta dos actos administrativos são extremamente complexos”¹¹² o que poderá originar decisões administrativas com um grande nível de complexidade.

Daí que hoje seja habitual falar-se em atos administrativos com efeitos múltiplos ou em relações jurídicas multipolares¹¹³, ou de “eficácia em relação a terceiros”¹¹⁴.

Em suma, assiste-se a uma reformulação do ato administrativo mas também da relação jurídica administrativa, em que se consideram igualmente “como sujeitos das ligações administrativas outros privados que não apenas aqueles a quem são aplicáveis normas ordinárias de cariz indiscutivelmente subjectivo, ou que são os imediatos destinatários de actos administrativos”¹¹⁵.

¹⁰⁹As autorizações e as licenças;

A este propósito importa salientar que as “autorizações surgem em virtude do estabelecimento de limitações legais ao livre desenvolvimento de actividades dos particulares, limitações essas que podem ser retiradas pela Administração em relação aos casos concretos sujeitos à sua apreciação”. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Introdução*, p. 123.

¹¹⁰As coimas e sanções acessórias do ilícito de mera ordenação social.

¹¹¹*Ibidem*.

¹¹² JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Introdução*, p. 124.

¹¹³JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, pp. 55 – 58.

¹¹⁴VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 194.

2.2. Fundamentos

A propósito da Diretiva n.º2003/87/CE que instituí o CELE, foi assim o “instrumento destinado à redução dos gases com efeito de estufa resultante desta diretiva, embora seja um mecanismo que implique a implementação de um mercado de direitos transacionáveis, não é, no entanto, um mecanismo voluntário de proteção do ambiente, mas antes um regime obrigatório ou vinculativo, que tem como particularidade a circunstância de, em alternativa aos mecanismos tradicionais (v.g., a fixação administrativa autoritária de *standards* ambientais ou valores-limite de emissões), conferir aos operadores económicos a possibilidade de autorregular as suas emissões poluentes, tendo por referência um valor-limite: se emitirem menos que esse limite, poderão vender algumas das suas licenças de emissão e, por essa via, obter uma contrapartida; se, pelo contrário, emitirem mais do que esse limite, terão de adquirir as licenças de emissão necessárias a cobrir as emissões excedentárias, suportando os respetivos custos de aquisição no mercado”¹¹⁶.

E como já observamos o CELE foi o instrumento que procurou controlar a poluição através do condicionamento de determinados requisitos que as entidades produtoras de emissões que estão vinculadas¹¹⁷ a este comércio tiveram que respeitar.

O conceito básico em que assenta a diretiva que instituíu o CELE, consiste numa autorização a certas instalações para poderem emitir gases com efeito de estufa. Assim, primeiro define-se a quantidade total de licenças consideradas toleráveis e de seguida define-se o montante total de licenças distribuídas entre os participantes do sistema¹¹⁸.

¹¹⁵VASCO PEREIRA DA SILVA, *idem*, p. 56.

¹¹⁶Acórdão n.º 80/2014, no processo n.º 911/12 da 2ª Seção do Tribunal Constitucional, p.8

¹¹⁷Esta alusão à natureza vinculativa das entidades produtoras de emissões é visível desde logo pelo considerando 11) da diretiva de 2003 no qual se estabelece que “Os Estados-Membros deverão garantir que os operadores de determinadas actividades sejam detentores de um título de emissão de gases com efeitos de estufa e que aqueles monitorizam e comunicam as suas emissões de gases com efeito de estufa relativamente a essas actividades”. E reforçado no considerando 12), que dispõe que “Os Estados-Membros deverão estabelecer regras relativas às sanções aplicáveis em caso de infracção ao disposto na presente directiva e garantir a sua aplicação. Essas sanções deverão ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas”.

¹¹⁸A propósito da diretiva supra, a Revista de Direito Europeu do Planeamento Ambiental defende que “The basic concept of Directive 2003/87 consists of an authorization or permit requirement for certain installations. This enables them to emit greenhouse gas on the one hand; on the other hand, those allowances are only conferred to operators under the condition that they return quantified allowances according to the amount of their emission of greenhouse gases. The tradable allowances are allocated among the installations by the Member States according to certain criteria; the allocation has taken place free of charge at first. So, the EU Emission Trading Scheme (EU ETS) follows the idea of “cap-and-trade”: first, one defines the “cap” (the total amount of emissions considered to be tolerable), second, the total amount of allowances resulting from this cap is distributed among the participants to the system.¹⁹ So, the EU ETS is in fact not an economic but a regulatory instrument working also with

O comércio de emissões tenta assim conciliar a proteção ambiental com o livre mercado, estabelecendo sistemas de incentivos que desencoragem a degradação ambiental.

Porém como vimos, o mesmo suscita algumas considerações, desde logo porque não podemos pensar que qualquer problema ambiental será resolvido por este mercado, exemplo disso são as fontes de poluição difusas que devido à dificuldade de monotonerização o mercado não será de aplicar¹¹⁹.

Também os aumentos inesperados e imprevisíveis do tamanho do mercado dificultam a tarefa ao Estado na criação de novas quotas de poluição, visto que só é possível criar novos títulos de poluição quando esse fato esteja previamente previsto e seja conhecido publicamente.

Assim, quanto aos fundamentos do CELE, os mesmos prendem-se muito com os propósitos e objetivos estipulados pelo protocolo de Quioto, quando os Estados-Membros se comprometeram a diminuir os níveis de gases de efeito de estufa.

Com este mecanismo o que se pretende é, como referimos, atingir as metas estabelecidas no Protocolo, sendo aquele um instrumento económico, irá funcionar através do chamado sistema *cap and trade*¹²⁰, ou seja, um equilíbrio entre o custo e a eficácia.

Pelo exposto, consideramos que o CELE poderá ser o meio capaz de conciliar o controle de poluição com o desenvolvimento económico da sociedade moderna. Para além de introduzir um novo conceito à forma como as empresas lidam com o seu lucro, de maneira a que seja o mais sustentável possível.

No que respeita à redução do mercado, esta não só é possível como é a solução desejável, de forma a reduzir a emissão de gases.

economic incentives: indeed, the “cap” is a strict limitation of emissions, a classical regulatory instrument.” Climate Protection Law in the European Union – Emergence of a New Regulatory System, in *Journal for European Environmental Planning Law*, 2012, p.9

¹¹⁹Contudo há opiniões contraditórias, neste sentido vide Ellerman concordava que quanto maior o número de fontes de poluição melhor, não sendo complicado aplicar o comércio de emissões nesse caso. DENNY ELLERMAN / FRANKJ CONVERTY / CHRISTIAN DE PERTHIUS, *Pricing Carbon: The European Union Emissions Trading Scheme*, New York: Cambridge University Press.

¹²⁰Com a fixação de um teto máximo de poluição, para além da sua importância a nível ambiental, é também economicamente vantajoso.

A utilização de “comando e controlo” não é unânime no que concerne ao mercado de emissões “é claramente desadequado e demonstra um enviesamento ideológico antiregulação directa”, para mais desenvolvimentos, RICARDO SEQUEIROS COELHO – Questionando a Comensuração do carbono, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2011, p. 71.

Para melhor compreendermos os fundamentos em que se baseia o CELE, procedemos de seguida a análise do mesmo face à Constituição da República Portuguesa.

2.2.1. O CELE e a Constituição da República Portuguesa

O Ambiente é atualmente alvo das mais importantes preocupações, tanto a nível dos cidadãos em geral como dos poderes públicos.

Tal preocupação despertou nos Estados Europeus a necessidade de consagrar o ambiente no texto constitucional, contudo em duas vias possíveis, por um lado enquanto tarefa do Estado¹²¹, e por outro, enquanto direito fundamental dos cidadãos.

Começando pela primeira via, defender o ambiente enquanto tarefa ou incumbência do Estado é dizer que o mesmo está obrigado a não ofender as condições ambientais e incumbido de desenvolver ações promocionais do ambiente.

Já quanto à segunda alternativa apraz referir que o ambiente é configurado como um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos.

Na nossa Constituição é curioso observar que a promoção dos direitos ambientais surge, igualmente, como tarefa estadual¹²², o “que vem “fazer a ponte” entre a tutela objectiva e a protecção subjectiva do ambiente, ao mesmo tempo que parece mostrar a preferência do legislador constituinte por um modelo predominantemente subjectivista”¹²³.

Por outro lado, a Constituição portuguesa também consagra o direito ao ambiente como direito fundamental, ao estabelecer uma articulação entre o ambiente e a própria

¹²¹Como exemplo temos as Constituições alemã, sueca, grega e holandesa.

¹²²Alíneas d) e e) do Artigo 9.º da CRP quando dispõe: “São tarefas fundamentais do Estado: (...);

d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;”

¹²³VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 32.

qualidade de vida¹²⁴.

Citando VASCO PEREIRA DA SILVA “a questão de saber se o direito ao ambiente é ou não um direito fundamental depende tanto das opções do legislador constituinte como da adopção pela doutrina, de uma concepção ampla ou restrita em matéria de posições subjectivas constitucionalmente fundadas”.¹²⁵

Mais ainda a diferença entre acolher o ambiente como tarefa ou como direito fundamental traduz na prática diferenças significativas, isto porque “ao garantir-se um direito subjectivo fundamental ao ambiente está-se a permitir o acesso ao direito e aos tribunais para se obter o seu cumprimento”¹²⁶.

Ao acolhermos o ambiente como direito fundamental “permite a consideração do alargamento da titularidade de direitos subjectivos nas relações jurídicas ambientais, que não podem mais ser vistas apenas como as clássicas ligações bilaterais (autoridade administrativa/particular), antes constituem verdadeiras relações jurídicas multilaterais”, que podem envolver distintos sujeitos em cada um dos “lados” dessa ligação”¹²⁷.

Outras opiniões, consideram que o legislador constitucinal foi ainda mais generoso “quanto à protecção do direito ao ambiente: este aparece configurado como direito fundamental judicialmente accionável por todos (individual ou colectivamente) os que sejam lesados nessa sua posição jurídica substantiva, recebendo uma “protecção constitucional qualificada” em virtude da previsão da acção popular para a sua tutela”¹²⁸.

Numa aparente crítica às várias alíneas do n.º 2 do artigo 66.º da Constituição, CARLA AMADO GOMES, refere que “a inequívoca transversalidade da política ambiental não deveria ter impedido o legislador constituinte de traçar linhas delimitadoras mais precisas do bem *ambiente*, prevenindo confusões que podem comprometer a eficácia da concretização dos objectivos de prevenção da poluição, de preservação das espécies ameaçadas, de gestão racional dos recursos naturais, esses sim, constituintes do núcleo duro da tarefa de protecção do ambiente”¹²⁹.

¹²⁴O n.º 1 do artigo 66º da CRP, com a epígrafe Ambiente e Qualidade de Vida dispõe que: “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. (...) a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; (...)”

¹²⁵VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, pp. 85 e ss..

¹²⁶JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 36.

¹²⁷VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 33.

¹²⁸JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 71.

¹²⁹CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 32.

Mais ainda, as várias alíneas do artigo anterior revelam que o carácter antropocêntrico ainda não começou a perder espaço em razão da imprescindibilidade da protecção do ambiente. Daí que há autores a referirem se a esta fórmula do direito do ambiente como “inútil e perversa”, perversa por incluir “posições jurídicas perfeitamente autonomizadas” e inúteis pela “duplicação de bases de protecção jurídica da pessoa e da sua esfera jurídica”¹³⁰.

Assim, o direito subjetivo é referente ao ambiente ecologicamente equilibrado e não ao próprio ambiente em si, (daí a rejeição ao carácter unicamente antropocêntrico) não tendo como foco o homem, mas o ambiente.

Na nossa perspetiva, é de um dever fundamental / direito fundamental¹³¹ que se trata, advertendo contudo, que dever e direito fundamental “são duas realidades dogmáticas totalmente diferentes, com efeitos jurídicos próprios e consequências muito diversas”¹³²
133.

Numa outra perspetiva, TIAGO ANTUNES considera que o dever de respeitar e criar mecanismos de tutela ambiental pertence numa primeira parte à tarefa estadual, contudo incumbe também aos cidadãos a protecção da natureza “trazendo novas

¹³⁰CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, pp. 32 – 33.

¹³¹É neste sentido que “Como **direito fundamental ao ambiente**, tanto exige do Estado prestações positivas (direito positivo), isto é, concretas atividades de promoção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ou de controlo de acções capazes de o degradar, como impõe limites ou travoes à acção estadual, impedindo o Estado, no limite, de agir, se essa acção puser em causa o referido ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (direito negativo)”. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, p. 1343.

Não obstante, “(...) reconhecer que o Estado pode, pela abstenção ou pela acção, garantir aos cidadãos o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é colocar a garantia do direito num ponto demasiado elevado para as forças estaduais o poderem alcançar. Assim, o *direito fundamental a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado* caracteriza-se por não ser um puro direito perante o Estado ou dirigido ao Estado. O *direito co-envolve o dever* de todos contribuírem para o que do Estado solicitam, isto é, em concreto, a defesa do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o que abre espaço para a *dimensão auto-reflexiva do direito*.”

O dever de todos defenderem o ambiente aproxima o cidadão do Estado, na tarefa de protecção ambiental que a este está cometida, ao mesmo tempo que se torna o contraponto do direito de todos exigirem do Estado a defesa do ambiente, de tudo resultante a *criação de uma teia de empenhamentos, confianças e solidariedades para o envolvimento e participação* na definição e acompanhamento das diferentes políticas públicas ambientais, consagradas no corpo do n.º2”.

JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição*, pp. 1345-1346.

¹³²TIAGO ANTUNES, *Ambiente: Um Direito, Mas também um Dever, Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente*, Lisboa, 2014, p. 17.

¹³³Contra a ideia de consagração no n.º 1 do artigo 66.º da CRP, de um direito subjetivo do ambiente, CARLA AMADO GOMES refere que “O direito de cada cidadão a um ambiente «ecologicamente equilibrado» não é, salvo melhor opinião, uma posição jurídica subjectiva que se traduz na susceptibilidade de aproveitamento individual de um determinado bem, mas antes na possibilidade de utilização desse bem, estreitamente aliada a um dever fundamental de, *utilização racional*, numa perspectiva de solidariedade, quer com os restantes membros da comunidade actualmente considerada, quer com as gerações futuras”, CARLA AMADO GOMES, *O Ambiente como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente*, in *Mundo Jurídico*, Lisboa, 1999, p. 10.

dimensões e novos contributos - da maior importância – que desenvolvem, completam e aperfeiçoam o tratamento constitucional do ambiente”¹³⁴.

Outro ponto igualmente importante a abordar no âmbito da nossa constituição, é o da iniciativa privada, a este propósito o texto constitucional dispõe que “[a] iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” ,ou seja, constitui o mesmo um direito também ele fundamental¹³⁵.

Deparamos-nos, com aquilo que poderá ser, um confronto entre a iniciativa económica e o comércio de emissões poluentes, sendo questionável se à luz da nossa Constituição será legítimo consagrar tal comércio uma vez que pode ir contra os princípios como a liberdade económica ou liberdade de iniciativa privada.

Ou seja, até que ponto essa liberdade é, ou não, limitada pelo Comércio de emissões poluentes, isto porque os operadores económicos podem exercer a sua actividade até um certo nível de poluição correspondente ao título que adquiriram. Apesar do objetivo central ser o de reduzir as emissões globais de gases com efeito de estufa da União, o mesmo tem que ser “em condições economicamente eficazes”.

Assim, quer a redução gradual do número de licenças, quer a venda de licenças em leilão são ordenadas com esse objetivo¹³⁶.

Acresce que não deve a liberdade económica se exercer a todo o custo mas também não deve ser totalmente limitada pelo direito do ambiente.

Em síntese, a nossa Constituição admite o comércio de emissões poluentes, não lhe impondo grandes limitações, e remete para o legislador a tarefa de definir os parâmetros e regras a que deve obedecer. Assim, o legislador possui uma grande margem de liberdade e discricionariedade constitucionalmente admitidas.

¹³⁴TIAGO ANTUNES, idem, p. 18.

¹³⁵Quanto ao comentário do n.º1 do Artigo 61.º da Constituição, Evaristo Ferreira Mendes considera que quanto à forma de exercer a atividade, a mesma "exerce-se livremente" e defende que "o preceito em análise consagra é uma liberdade **económico-produtiva fundamental**, pertencente ao domínio dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e respectivas organizações, embora, como se verá, ela também corresponda a um princípio de organização económica.";

Mais ainda, "infere-se do exposto que, no artigo 61.º n.º 1, estão presentes: em primeiro lugar, um princípio ou espaço de liberdade e de auto-regulação; em segundo lugar, um princípio ou espaço de heteroregulação. **A liberdade de empresa desenvolve-se livremente dentro de um sistema heteroconformado e hetero-regulado; no espaço de liberdade criado e permitido por ele.** A ordem dos princípios é importante: a Constituição coloca em primeiro lugar a liberdade". JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Lisboa, p. 1183 e 1196.

A liberdade de iniciativa privada e o ambiente não devem estar desfasados um do outro, pelo contrário devem os mesmo estar relacionados, isto porque um está dependente do outro e vice-versa. Dito isto o comércio de emissões apesar de ser visto como um mecanismo financeiro e económico está ao serviço do meio ambiente¹³⁷.

Concordamos com a posição de TIAGO ANTUNES quando refere que “o ambiente deve-forçosamente- compatibilizar-se com outros valores e outras necessidades, também elas essenciais para a Humanidade”. Diz ainda o autor que “não é possível, de todo, é renegar o crescimento económico-social, destruir o nível de desenvolvimento já alcançado”.¹³⁸

Em suma, apesar de ambos serem princípios / direitos e deveres que a Constituição contempla, a verdade é que a mesma pretende uma compatibilidade entre a liberdade da iniciativa privada e o direito ao ambiente, “uma harmonização recíproca ou uma convivência, em termos de razoabilidade, entre o desenvolvimento industrial e a protecção do ambiente”.¹³⁹

2.2.2. A Legislação europeia e nacional relativa ao CELE

Vejamos com mais detalhe os normativos de referência do comércio de licenças de emissões de gases com efeitos de estufa.

No que concerne ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁴⁰, o mesmo estabelece no artigo 191.º do título XX, a política da União em matéria ambiental, resulta uma clara distinção internacional que a União nos últimos anos tem conseguido na luta contra as alterações climáticas, muito proveniente da ratificação do Protocolo de Quioto.

¹³⁶ Acórdão do TJUE de 08.09.2016, C-461/15, E.ON Kraftwerke GmbH contra Bundesrepublik Deutschland, n.º 23.

¹³⁷ CARLA AMADO GOMES refere se ao ambiente “uma realidade aberta, *camaleónica*, cujos contornos se aferiram de acordo com os dados – científicos, culturais, económicos – de cada época. Aberta e relatividade caracterizariam, assim, o *objecto jurídico indeterminado* ambiente.”

CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos de direito do ambiente*, I, Lisboa, 2006, p. 17.

¹³⁸ TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p. 73.

¹³⁹ TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p. 140.

¹⁴⁰ Doravante, TFUE. Disponível em:

No que respeita, à eficácia do Direito da União Europeia nas questões ambientais, esta deve se em grande parte, a mesma dispor “de um aparelho específico de controlo da uniformidade da sua aplicação, pedra de toque do princípio da lealdade comunitária”¹⁴¹.

O Protocolo de Quioto¹⁴² consituí assim um dos mais importantes instrumentos de defesa ambiental sendo que, para alcançar os objetivos fixados em Quioto a União Europeia aprovou a Diretiva 2003/87/CE¹⁴³ de 13 de Outubro de 2003.

Foi com esta última Diretiva¹⁴⁴ que se criou o Comércio Europeu de Licenças de Emissão¹⁴⁵, denominada como Diploma CELE, a mesma já foi objeto desde 2003 de algumas alterações¹⁴⁶.

Desde logo podemos mencionar que a Diretiva 2003/87/EC passou a incluir no regime do comércio de emissões o sector da aviação.

Neste sentido, as diretivas constituem dos instrumentos de Direito da União Europeia mais importantes, que permitem a produção de efeitos diretamente nas ordens jurídicas nacionais. O que traduz numa obrigação por parte da Administração Pública dos Estados-Membros em atuarem em conformidade com o Direito da União Europeia.

Modificações importantes advém também, da Diretiva 2009/29/CE de 23 de Abril de 2009, onde o objetivo declarado desta revisão é uma melhoria do atual sistema através de uma maior harmonização, uma ampliação do âmbito de aplicação da diretiva no que diz respeito aos gases com efeito de estufa cobertos e sectores industriais, respetivamente, bem como uma melhor repartição das licenças de emissão.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:l12012E/TXT>

¹⁴¹ Para mais desenvolvimento acerca do Direito Eurocomunitário do Ambiente, vide CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 63

¹⁴² O Decreto n.º 7/2002 de 25 de março aprova o Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas;

¹⁴³ “A este propósito, há que recordar que a Diretiva 2003/87 visa reduzir até 2020 as emissões globais de gases com efeito de estufa da união, em pelo menos 20% dos níveis de 1990, em condições economicamente eficazes”, Ponto 23 do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2016 no Processo C-461/15.

¹⁴⁴ Objeto de análise na Parte I no ponto 2.3.1.

¹⁴⁵ TYLER HAGENBUCH, “Establishing an Aggressive Legal Framework for the Future of Wind Energy in Europe”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2009, p. 1607

¹⁴⁶ Foi alterada por:

Diretiva 2004/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004;
Diretiva 2008/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de novembro de 2008;
Regulamento (CE) n.º 219/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 2009;
Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009;
Decisão n.º 1359/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de dezembro de 2013;
Regulamento (UE) n.º 421/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014;
Decisão (UE) 2015/1814 do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 2015;

Neste contexto, é de realçar que o preâmbulo designa o objetivo de limitar o aquecimento global a 2º graus celsius em comparação com o nível pré-industrial, bem como o auto compromisso da UE de reduzir as suas próprias emissões em, pelo menos, 20% abaixo dos níveis de 1990¹⁴⁷ e de 30% se os restantes países desenvolvidos assumirem igualmente o compromisso de reduzirem emissões equivalentes e os países em desenvolvimento contribuirão igualmente na redução de emissões¹⁴⁸.

Sendo de evidenciar que o compromisso assumido pelos Estados-membros da UE constitui a “explicação do seu maior grau de eficácia comparativamente com as normas de Direito Internacional do Ambiente”, já que “o incumprimento dos Estados gera perseguições por parte da Comissão Europeia, que pode eventualmente propor acções por incumprimento nos termos dos artigos 259 e 260 do TFUE, caso o procedimento pré-contencioso não surta resultados”¹⁴⁹.

A partir de 2013, foi estabelecido um limite máximo para as emissões de dióxido de carbono a nível da UE, respetivamente, um montante de licenças de emissão a nível da UE¹⁵⁰, para o qual devem ser cumpridos determinados critérios.

A nível nacional o PNALE I (2005-2007) é aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 53/2005 de 3 de Março¹⁵¹ e constituiu um importante instrumento na definição de políticas e medidas de forma que os seus efeitos esperados se verifiquem no decurso do primeiro período de cumprimento do Protocolo de Quioto. Sendo que na definição dessas políticas e medidas foram ao mesmo tempo desenvolvidos sectores da Administração Pública assim como os agentes económicos relevantes.

O PNALE é o instrumento que define a quantidade total de licenças de emissão a atribuir para cada período ou fase do CELE e sem dúvida que constituiu uma

¹⁴⁷ A década de 1990 constitui deste modo “a era do “despertar regulatório ambiental” português”, CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 64.

Ou, a “consciência ecológica” proveniente dos anos oitenta e noventa, que levou o meio ambiente “a constituir património comum de todas as forças políticas”, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 19.

¹⁴⁸ Considerando 2 e 3 da Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.

¹⁴⁹ CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 63.

¹⁵⁰ Artigo 9.º da Diretiva 2003 passa a ter a seguinte redação com a alteração da Diretiva 2009/29: “A quantidade de licenças de emissão emitidas anualmente no conjunto da Comunidade a partir de 2013 deve diminuir de forma linear a partir do ponto médio do período de 2008 a 2012”.

¹⁵¹ Importa referir o n.º7 do Anexo da Resolução do Conselho de Ministros nº 53/2005 quando traça em linhas gerais a intenção do Estado Português relativamente ao cumprimento das metas de Quioto, “Portugal encontra-se firmemente empenhado no desenvolvimento de soluções globais de mitigação das alterações climáticas, nas quais o comércio europeu de licenças de emissão se enquadra, no cumprimento dos compromissos assumidos a nível internacional no Acordo de Partilha de Responsabilidades da União

demonstração do esforço do Estado Português em atingir as metas do Protocolo de Quioto.

Após a primeira fase do PNALE, surge em 2007 a necessidade de rever as medidas naquele documento, assim o Programa Nacional para as Alterações Climáticas contempla na Resolução do Conselho de Ministros nº1/2008 de 4 de Janeiro novas medidas em diversos sectores¹⁵² para o período de 2008 a 2012, ficando conhecido como o PNALE II¹⁵³.

Outra Diretiva igualmente importante na criação do Regime do CELE, foi a Diretiva 2004/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro, que alterou alguns artigos da Diretiva 2003, e propocionou aos operadores a possibilidade de utilização de créditos de emissão gerados através de actividades previstas no Protocolo de Quioto, assim esta Diretiva procedeu à alteração e ao aditamento de alguns artigos do Diploma CELE.

Numa primeira fase o Decreto-Lei n.º 233/2004¹⁵⁴ de 14 de Dezembro institui o regime de Comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade Europeia a nível nacional, ou seja, transpôs para o Direito interno a Diretiva 2003.

Pela criação do regime CELE foram aprovadas diversas Portarias que regulamentam o procedimento de atribuição de títulos de emissão de gases com efeito de estufa (TEGEE) e a sua atualização¹⁵⁵.

Pelo Diploma CELE foi ainda, criado em Portugal o Registo Português de Licenças de Emissão pelo Regulamento (CE) n.º 994/2008 de 8 de Outubro de 2008, que assegura a participação das empresas portuguesas no CELE¹⁵⁶.

Também como já tivemos oportunidade de analisar no quadro jurídico nacional o DL

Europeia e na procura de soluções equitativas que assegurem o desenvolvimento sustentável da economia portuguesa. É neste contexto que se enquadram o PNAC 2004 e o PNALE 2005-2007”.

¹⁵²“(…) especialmente no sector de oferta de energia, nomeadamente: o aumento da meta da contribuição das fontes renováveis na produção de electricidade para 2010 e medidas na vertente do mix de produção térmica com incremento da utilização do gás natural. Ainda foram tomadas medidas relativas a uma aceleração da taxa de penetração dos biocombustíveis no consumo automóvel.” Parágrafo 12 do Anexo II da na Resolução do Conselho de Ministros nº1/2008 de 4 de janeiro.

¹⁵³Disponível em <https://dre.pt/>

¹⁵⁴Posteriormente revogado pelo DL n.º 38/2013.

¹⁵⁵Objeto de análise na parte II, ponto 1.1 e 1.2 do presente estudo.

¹⁵⁶Para mais desenvolvimentos, vide Parte II, ponto 1.4.

n.º 38/2013¹⁵⁷ ao transpor a Diretiva 2003/87/CE constituiu um marco importante por consagrar uma nova abordagem, a nível da União Europeia do regime de atribuição de licenças de emissão.

Sem dúvida que a União Europeia tem vindo a desempenhar um papel de extrema importância a nível da defesa dos ecossistemas do planeta e a vasta legislação existente comprova que a questão ambiental conseguiu “ultrapassar as barreiras estritamente económicas para se assumir como central na promoção da qualidade de vida das populações dos Estados-membros”¹⁵⁸.

O que leva autores a irem mais longe e a mencionarem, “um verdadeiro Direito Europeu do Ambiente, cuja importância não decorre apenas do facto das respectivas normas gozarem de aplicabilidade directa e da primazia sobre as fontes internas, nem também da existência de mecanismos jurisdicionais destinados à sua efectivação (mesmo contra a vontade dos Estados), como sobretudo do seu papel dinamizador de uma “consciência jurídica” ambiental a nível europeu”¹⁵⁹.

2.3. As Fases do Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE)

Do que observámos, podemos afirmar que o CELE é o maior sistema internacional no que respeita às emissões de gases com efeito de estufa.

Porém, a União Europeia impôs aos Estados Membros que a participação no mercado depende da autorização de certas licenças administrativas que possam ser transaccionadas entre os vários agentes económicos, dando início a um verdadeiro Mercado de Emissões Poluentes.

Este mecanismo de cariz obrigatório vem originar uma nova forma de regulação das emissões poluentes por parte dos operadores económicos, sendo que o mesmo conheceu diferentes fases de “vida” e será sobre isso que iremos nos debruçar ao analisar as suas alterações mais significativas.

¹⁵⁷Também alterado recentemente, pelo DL n.º 42-A/2016 de 12 de agosto.

¹⁵⁸CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 57.

¹⁵⁹VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 38.

2.3.1. Primeira Fase do CELE (2005-2007)

Como já tivemos oportunidade de observar foi a Directiva 2003 que criou o CELE e que foi transposta para a ordem jurídica nacional pelo DL n.º233/2004¹⁶⁰, que foi essencialmente caracterizada numa primeira fase por experimentação.

A supra Directiva “destina-se a contribuir para o cumprimento mais eficaz dos compromissos da União Europeia e dos seus Estados-Membros, através da implementação de um mercado europeu de licenças de emissão de gases com efeito de estufa que seja eficiente e apresente a menor redução possível do desenvolvimento económico e do emprego”¹⁶¹.

A propósito do papel da Directiva (no geral), a mesma constitui o “instrumento preferencial de actuação da União no domínio ambiental” e deve-se à “protecção do ambiente constituir uma política partilhada entre a União e os Estados-membros”¹⁶².

Quanto ao âmbito de aplicação, desta Directiva em particular, a mesma só se aplica às emissões provenientes das actividades constantes no anexo I e aos gases com efeito de estufa enumerados no anexo II¹⁶³.

Assim é passível de observar, a vontade do Legislador Comunitário em incluir essencialmente seis gases de efeito de estufa que englobassem o CELE, ao contrário do que acontecia no início da instituição do CELE em que o mesmo abrangia apenas o Dióxido de Carbono, aliás essa foi uma das razões deste Comércio ter ficado conhecido como Mercado de Carbono termo esse que ainda hoje é muito utilizado.

É de salientar que o Comércio de Emissões apenas respeita às emissões efetivamente libertadas para a atmosfera, isto porque, tem-se assistido com a própria evolução

¹⁶⁰É de salientar que este Decreto-Lei foi alvo de sucessivas alterações ao longo dos anos, em 2004 pelo DL n.º243-A/2004 de 31 de Dezembro; em 2005 pelo DL n.º 230/2005 de 29 de Dezembro; em 2006 pelo DL n.º 72/2006 de 24 de Março; em 2009 pelo DL n.º 154/2009 de 6 de Julho e duas vezes em 2010 pelos DL n.º 30/2010 de 8 de Abril e do DL n.º 93/2010 de 27 de Julho e por fim em 2012 pelo DL n.º 252/2012 de 26 de Novembro.

¹⁶¹Considerando 5 da Directiva 2003.

¹⁶²CARLA AMADO GOMES, *Introdução*, p. 62.

¹⁶³N.º 1 do artigo 2.º da Directiva 2003, sendo que como exemplo de actividades do Anexo I, podemos mencionar a Refinação de óleos minerais, a produção ou transformação de metais ferrosos, a produção de alumínio primário ou secundário, entre outros.

Quanto aos gases incluídos no Anexo II são: o Dióxido de Carbono (CO₂), Metano (CH₄), Óxido Nitroso (N₂O), Hidrofluorcarbonetos (HFC), Perfluorocarbonetos (PFC), e Hexafluoreto de Enxofre (SF₆).

tecnológica à possibilidade de se reter carbono, evitando assim que o mesmo seja liberto para a Atmosfera.

Embora esta técnica esteja ainda longe de ter consenso, há quem defenda que a mesma será uma possível solução para o aquecimento global, contudo há em contraposição os Ambientalistas que consideram um comportamento errado e até mesmo anti ecológico, pois não resolve o problema apenas o camufla¹⁶⁴.

O conceito básico da Diretiva CELE consiste numa autorização ou permissão que tem que ser requerida por certas instalações, porém essa autorização só é concedida aos operadores sob a condição de devolverem a quantidade das suas emissões de gases com efeito de estufa.

Diferente do que acontece na Europa, é o caso dos Estados Unidos da América em que não existe propriamente um Mercado de Carbono ou um Comércio de Emissões de GEE, o que não deixa de ser irónico uma vez que como já referimos, foi nos EUA que se iniciou o primeiro comércio de títulos de poluição¹⁶⁵.

Isto porque, para haver um Comércio de Emissões idêntico ao da Europa nos EUA o mesmo teria que ser sujeito à aprovação de uma lei no Congresso o que até ao momento não sucedeu. Todavia, não podemos deixar de louvar a atuação de uma importante Agência no combate contra a poluição e contra os gases com efeito de estufa, em particular estamos nos a referir à Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency*), mais conhecida por EPA, que conseguiu aprovar standards sobre o nível de emissões de veículos monitorizados e ainda conseguiu aprovar o Plano de Eletricidade Limpa (*Clean Power Plan*) para as centrais elétricas.

De volta à análise da supra diretiva observamos que no anexo I abrange se uma série de sectores de atividades, desde o sector de energia como é o caso das Instalações de Combustão, à produção e transformação de metais ferrosos como por exemplo as instalações para a produção de gusa ou aço, também na Indústria Mineral temos as

¹⁶⁴A este respeito importa definir o conceito que a Diretiva 2003 tem sobre Emissão, sendo que segundo o artigo 3.º emissão é “a libertação de gases com efeito de estufa na atmosfera a partir de fontes existentes numa instalação”.

¹⁶⁵Para mais desenvolvimentos, MICHAEL B GERRARD / SHELLEY WELTON “*US Federal Climate Change Law in Obama’s Second Term*” in *Transnational Environmental Law*, Volume 3, Issue 1, April 2014, pp. 31 e ss.

instalações de produção de clínquer, de vidro e produtos cerâmicos e ainda outras atividades que englobam as Indústrias de pasta de papel e madeira¹⁶⁶.

Contudo desta lista retiramos algumas dúvidas, desde logo a primeira questão que nos surge é se existe algum conceito tipificado para que uma determinada atividade tenha que ser incluída nas atividades designadas no Anexo I, a resposta surge afirmativa, segundo o referido Anexo cada sector de atividade tem uma potência térmica nominal que serve como base para incluir ou não a atividade no CELE¹⁶⁷.

A segunda questão, é se o mesmo operador pode desenvolver várias atividades do Anexo I da Diretiva, neste caso a questão surge esclarecida quando no n.º 2 do referido Anexo se refere que “Se o mesmo operador exercer várias actividades da mesma rubrica na mesma instalação ou no mesmo sítio, as capacidades dessas actividades serão adicionadas”.

Há ainda que salientar que existem setores de atividade que apesar de estarem incluídos no Anexo I da Diretiva não participam no comércio de emissões isto deve se como acabamos de referir, ao facto de não atingirem os limiares necessários para estarem incluídos. Também sucede o contrário, já que pode haver Instalações que apesar de não constarem nessa lista podem vir a ser abrangidas no CELE.

Ou seja, tudo depende se a referida atividade desenvolvida pela Indústria têm ou não uma potência superior aos limites consagrados pela Diretiva.

Há ainda que mencionar que foi na primeira e segunda fase do CELE que foi aprovado um Plano Nacional de Atribuição de Licenças de Emissão (PNALE) que veio a estabelecer a quantidade de licenças que seriam atribuídas aos operadores económicos pelo Estado Português.¹⁶⁸

A elaboração do PNALE mostrou-se fundamental como resposta a novos desafios na redução de emissão de GEE, desde logo porque cumpre a este Plano a definição da quantidade total de licenças de emissão a atribuir em cada fase do CELE.

¹⁶⁶A prepósito de instalação, também a Diretiva 2003/87 na alínea e) do seu artigo 3.º define a como “a unidade técnica fixada onde se realizam uma ou mais actividades enumeradas no anexo I e quaisquer outras actividades directamente associadas que tenham uma relação técnica com as actividades realizadas nesse local e que possam ter influência nas emissões e na poluição”.

¹⁶⁷A título meramente exemplificativo, as instalações para a produção de gusa ou aço que fazem parte da lista, tem que ter uma capacidade superior a 2,5 toneladas por hora ou o caso do papel e cartão que tem que ter uma capacidade de produção superior a 20 toneladas por dia.

Todavia, numa primeira fase o PNALE I ficou marcado, por um excesso de licenças de emissão atribuídas originando assim uma queda no preço do carbono.

Pelo facto da primeira fase ter sido menos rigorosa no que respeita à atribuição de licenças de emissão, a fase que se seguiu cortou significativamente na quantidade de licenças atribuídas.

2.3.2. Segunda e Terceira Fase do CELE (2008-2012) / (2013-2020)

Seguiu-se o período de 2008-2012 (segunda fase do CELE) onde procedeu-se a uma alteração para a Directiva 2008/101/CE, nesta fase a inovação residiu, sobretudo, na inclusão do sector de Aviação no comércio. Assim incluem-se dentro destas actividades por exemplo, os voos militares, os voos de salvamentos e buscas, os voos de treino entre outros.

Mais ainda é abrangido um sector de actividade dos transportes não incluído no Protocolo de Quioto e em Portugal esta directiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 93/2010 de 27 de Julho¹⁶⁹.

No que respeita às licenças de emissão existe uma clara diferença, pois o sector de aviação tem licenças distintas das restantes. Ou seja, enquanto que os operadores de instalações fixas tem licenças comuns e não podem utilizar as do sector de aviação, estes últimos podem utilizar ambos os dois géneros de licenças.

Outra das novidades desta directiva foi a inclusão dos metais não ferrosos como é o caso do alumínio que originou um dos processos mais célebres no tribunal de justiça da União Europeia¹⁷⁰.

¹⁶⁸Inicialmente, como período experimental o PNALE I (2005 – 2007) e mais tarde o PNALE II (2008 – 2012).

¹⁶⁹Versão atualizada em: http://app.parlamento.pt/OE2017/DL93_2010_a7.pdf

¹⁷⁰Directiva CELE II modificou e ampliou as actividades que constavam no Anexo I, desde logo passou a abranger metais não ferrosos como é o caso do Alumínio, o que deu origem a um caso da multinacional Arcelor que requereu em 12 de julho de 2005, numa primeira fase ao órgão jurisdicional administrativo francês competente a revogação do artigo 1.º do Decreto n.º2004-832 de 19 de Agosto de 2004, na medida em que estabelece que o mesmo é aplicável às instalações do sector siderúrgico. Como o seu pedido foi indeferido, interpôs “um recurso, com fundamento em ilegalidade, das decisões tácitas de indeferimento do pedido de revogação e pediram que fosse ordenado às autoridades administrativas competentes que procedessem à revogação solicitada. Em apoio do seu recurso, invocaram a violação de vários princípios de valor constitucional, como o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa e o princípio da igualdade”.

Importa realçar que, talvez por influência de casos como o da multinacional Arcelor, originou que a terceira fase do CELE se procedesse a um alargamento da aplicação subjectiva, ou seja, passou se a incluir mais sectores de atividades no Anexo da Directiva.

Nas duas primeiras fases do CELE (2005-2007 e 2008-2012) inclui se regras como: a atribuição gratuita de licenças de emissão, a obrigação de monitorização, verificação e comunicação das emissões e a devolução de licenças de emissão no montante correspondente. Neste sentido importa reforçar que a atribuição gratuita teve lugar através dos Planos Nacionais de Atribuição de Licenças de Emissão, PNALE I e PNALE II.

No período de 2013-2020 (terceira fase do CELE) com a publicação da nova Directiva CELE, a Directiva 2009 verifica se: uma introdução e alargamento de novos gases e novos sectores. Também verifica-se a atribuição da quantidade total de licenças de emissão determinado a nível comunitario e a atribuição de licenças de emissão com recurso a leilão (atribuição gratuita mantém-se marginalmente feita com recurso a benchmarks) .

Sucedo que o epicentro da mudança está sem qualquer margem de dúvida na revisão da Directiva CELE que estabelece novas regras como forma de contribuir para um mercado mais transparente e harmonizado.

É ainda de referir que na terceira fase deixam de existir os PNALEs passando a ser uniforme a quantidade de licenças de emissão a atribuir e o respectivo método de atribuição¹⁷¹ para todos os Estados-Membros.

Como já referimos, uma das principais alterações na terceira fase foi estabelecer o leilão como o método principal de alocação, isto porque tanto no primeiro período como

Nas palavras das conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral M. Poiares Maduro no Processo C-127/07 o mesmo refere que “(...) contestar a constitucionalidade do decreto equivale a pôr indirectamente em causa a conformidade da própria directiva com a Constituição francesa. Sobre este ponto, o Conseil d’État começa por recordar o primado da Constituição na ordem jurídica interna.”

Mais ainda refere o Advogado-Geral que “o Conseil d’État observa desde logo que o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa são igualmente garantidos na ordem jurídica comunitária, com um alcance equivalente, e conclui que não se pode considerar que a directiva controvertida os viole. Quanto à crítica de violação do princípio constitucional da igualdade, que resulta de um tratamento uniforme de situações diferentes, o juiz administrativo francês rejeita-a por ser inoperante, visto que o princípio constitucional da igualdade, diferentemente do princípio comunitário da igualdade, não obriga a tratar de forma diferente situações diferentes.” Conclusões do Advogado- Geral M. Poiares Maduro apresentadas em 21 de maio de 2008 do Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 16.12.2008 no Processo C-127/07, pesquisável em <http://curia.europa.eu/>.

¹⁷¹Conforme é possível de observar pelo artigo 11.º da Directiva 2009/29/CE.

no segundo do CELE, os Estados-Membros leiloaram quantidades muito limitadas de licenças de carbono, sendo a maior parte alocada gratuitamente.

Apesar de não pertencer ao nosso campo de estudo, a nível económico o leilão é a forma tecnicamente preferível porque gera mais receitas que permitem ser implementadas em medidas para reduzir as emissões de gases com efeito de estufa.

As perspectivas para o futuro ainda rondam a incerteza, contudo cremos que seja necessário algumas mudanças, nomeadamente no que respeita aos preços das licenças de carbono que ainda são relativamente baixos o que não favorece de modo algum novos investimentos.

Parte II

1. A atuação administrativa no domínio ambiental, em especial os princípios da precaução e da prevenção na ótica do CELE

Como podemos observar a urgência em “salvar” o meio ambiente para que gerações futuras possam usufruir dos mesmos recursos naturais que nós foi o que motivou o aparecimento da ideia de desenvolvimento sustentável¹⁷².

Nas palavras de ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, “a ultrapassagem das visões economicistas leva assim a falar de um desenvolvimento sustentável, expressão que releva, para o desenvolvimento gerar qualidade de vida e não só quantidade de bens, para o desenvolvimento criar condições de médio e longo prazo para o bem-estar da humanidade (...), ele tem de ser concebido integrando, de forma multidimensional, o homem no seu conjunto, e a sua biosfera; a economia, a ecologia e a sociedade”¹⁷³.

Aliás recuando na história, já na época do Direito Romano, considerava-se os recursos naturais como *res communis omnium*, ou seja, eram susceptíveis de serem utilizados por qualquer pessoa.

Porém, ao longo dos tempos esta ideia tem vindo a ser alterada, muito devido ao fato do Homem ter percebido que os recursos naturais são, assim como ele, finitos.

Esta consciência da degradação dos recursos ambientais originou uma abordagem jurídica do ambiente, aliás utilizando as palavras de FREITAS DO AMARAL o Direito do Ambiente é “o primeiro ramo do Direito que nasce, não para regular as relações dos homens entre si, mas para tentar disciplinar as relações do Homem com a Natureza”¹⁷⁴.

Assim, o Direito do Ambiente surge como “um Direito traçado a partir de uma série de círculos concêntricos que abrangem vários ramos do Direito”¹⁷⁵.

A tutela ambiental convoca diversas disciplinas clássicas do Direito ao suscitar questões nas “relações entre sujeitos particulares (Direito Civil), nas relações entre os diversos sujeitos que compõem a comunidade internacional (Direito Internacional

¹⁷²A ideia de Desenvolvimento Sustentável apesar de bem estruturada, acaba por ser vista a médio, longo prazo o que origina a não ser considerada de valor para a ótica de um Mercado competitivo e económico

¹⁷³ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *Ambiente e Desenvolvimento - Enquadramento e Fundamento do Direito do Ambiente*, Oeiras, 1994, pp.70-71.

¹⁷⁴FREITAS DO AMARAL, *Apresentação, Direito do Ambiente*, INA, Lisboa, 1994, p.17.

¹⁷⁵CARLA AMADO GOMES, *O Ambiente como Objecto*, p. 13.

Público), é um dos sectores onde mais se tem feito sentir a regulamentação da União Europeia (Direito da União Europeia), suscita algumas das opções fundamentais da comunidade politicamente organizada (Direito Constitucional), merece já a qualificação dos principais atendados ao ambiente como crimes (Direito Penal) e é um sector fundamental da intervenção do Estado e das outras pessoas colectivas públicas e das relações entre a Administração Pública e os cidadãos (Direito Administrativo)”¹⁷⁶.

Todavia, cremos que é no direito administrativo que ele encontra os meios e instrumentos que permitem uma regulação normativa das questões ambientais, cumprindo ao Estado e por sua vez à Administração a tarefa de salvaguardar o meio ambiente, servindo se de normas de Direito público.

Esta é aliás a opinião de parte da Doutrina que considera que “o direito ao ambiente é um direito fundamental organizatoriamente dependente, na medida em que para ele se tornar efectivo depende de uma dada organização, concretamente daquela constituída pela Administração Pública portuguesa”¹⁷⁷.

É neste sentido que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA refere que “o direito administrativo é o ramo que, por natureza, está melhor posicionado para introduzir, na ordem jurídica substantiva, as regras necessárias para conciliar o desenvolvimento económico com o respeito pelo ambiente”¹⁷⁸.

Desta premissa retiramos que tem o poder público a tutela ambiental tanto por força da Constituição como por força da União Europeia, contudo não esquecendo o papel do Cidadão que é “simultaneamente credor e devedor da tutela ambiental”¹⁷⁹.

A atuação do Ambiente deve abranger os diversos setores da Administração Pública, dito isto, cabe a toda a estrutura organizatória da Administração pautar se por medidas de proteção do ambiente. Ou seja, não apenas à administração central do Estado mas também cabe à administração Estadual indireta, autárquica e regional a promoção e defesa do ambiente.

Mais ainda, foi do direito administrativo, que o direito ambiental retirou

¹⁷⁶JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 16.

¹⁷⁷JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 43.

¹⁷⁸MÁRIO AROSO DE ALMEIDA *Tutela Jurisdicional em Matéria Ambiental*, in Estudos de Direito do Ambiente, publicações Universidade Católica, 2003, p. 81.

determinados instrumentos, fulcrais para uma tutela do Ambiente, exemplo disso é o caso do ato administrativo e do procedimento administrativo.

O procedimento Administrativo¹⁸⁰ aparece com algum destaque em matéria ambiental, principalmente pela participação, ou seja, “o tipo burocrático da administração foi profundamente transformado pela *participação*: o centro da actividade administrativa já não é tanto o acto o *iter* de formação da decisão (sobretudo a instrução, em que são recolhidos os elementos essenciais nos quais a decisão se vai basear)”¹⁸¹.

Assim os trâmites procedimentais funcionam como instrumentos preventivos em matéria de proteção ambiental, assumindo o princípio da prevenção uma importância no procedimento administrativo.

Mais ainda, assistimos cada vez mais ao surgimento de uma Administração constitutiva, queremos com isto dizer, que no procedimento administrativo convergem tanto a perspectiva administrativa como as intervenções dos vários participantes, mas tendo sempre em vista a realização do interesse público.

O procedimento administrativo revela se o melhor meio na “*proteção jurídica temporalmente adequada*”¹⁸², quer isto dizer que a prevenção de atentados aos valores ambientais vai passar por um procedimento que defenda os valores e interesses, ou seja, “mais do que desenvolver meios eficazes de tutela jurisdicional importa assegurar que os procedimentos relativos a actos (ou regulamentos, ou contratos) que possam produzir efeitos ambientais nocivos sejam realizados de forma “ambientalmente amiga””¹⁸³.

Nesta linha, tem a Administração um papel fundamental na ótica de prevenção de danos ambientais já que o Direito administrativo aparece como o Direito que está mais bem preparado para zelar pela proteção ambiental.

Assim, o princípio da prevenção pressupõe que “a política ambiental não se esgota ou reduz à eliminação ou atenuação de danos ocorridos ou ao afastamento de ameaças ou perigos actuais para o ambiente; ao invés, haverá que impedir o próprio surgimento

¹⁷⁹CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do ato autorizativo de deveres de proteção do ambiente*, Lisboa, 2007, p.100.

¹⁸⁰De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º do CPA, “Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública”.

¹⁸¹JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 59.

¹⁸²JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 61.

¹⁸³*Ibidem*.

de tais danos ou riscos, através da adopção de uma série de medidas adequadas”¹⁸⁴.

Desde logo "está pensado para perigos e riscos, isto é, para acontecimentos de verificação incerta ou mesmo improvável, mas com consequências gravemente danosas e até, em muitos casos, irreversíveis”¹⁸⁵.

O Princípio da Prevenção está regulamentado na alínea c) do artigo 3.º da Lei que define as bases da Política do Ambiente, e dispõe que “Da prevenção e da precaução, que obrigam à adopção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactes adversos no ambiente, com origem natural ou humana, tanto em face de perigos imediatos e concretos como em face de riscos futuros e incertos, da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos;”

Serve este princípio como preparação para eventuais danos futuros, dado que o clima é imprevisível e as catástrofes não trazem aviso prévio, ou seja, diz o mesmo respeito sobretudo a bens ambientais frágeis alguns deles não regeneráveis.

Mais ainda, destina-se o mesmo “em sentido restrito, a evitar perigos imediatos e concretos, de acordo com uma lógica imediatista e actualista, como procura, em sentido amplo, afastar eventuais riscos futuros, mesmo que não ainda inteiramente determináveis, de acordo com uma lógica mediatista e prospectiva, de antecipação de acontecimentos futuros”¹⁸⁶.

Sabemos que toda a questão ambiental é um desafio que passa pela “alteração dos padrões de comportamento” que por sua vez “passa pela institucionalização de uma lógica de prudência”¹⁸⁷.

Na ótica concreta do Mercado de Emissões, este princípio "vincula o operador a evitar ou minimizar os efeitos nocivos das emissões poluentes que produz”¹⁸⁸.

Ainda no que se refere a este princípio trazemos à colação a avaliação do Impacto Ambiental, em que o importante é fazer “uma avaliação antecipada das consequências

¹⁸⁴FILIPA URBANO CALVÃO, As actuações administrativas no direito do ambiente, in *Direito e Justiça*, vol. XIV, Tomo 3, 2000, p. 122.

¹⁸⁵TIAGO ANTUNES, Os desastres naturais e as alterações climáticas - em especial, a resposta do ordenamento jurídico aos fenómenos meteorológicos extremos, in *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do território*, Lisboa, 2014 p. 484.

¹⁸⁶VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 67.

¹⁸⁷CARLA AMADO GOMES, *A prevenção à prova...*, p. 98.

¹⁸⁸CARLA AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental* II, Lisboa, 2008 p. 304.

de uma determinada actividade que se desenvolve sobre cada uma das componentes ambientais”¹⁸⁹.

Assim, permite duas vias, por um lado antecipar futuros danos e por outro lado minimizar os danos ambientais já sofridos.¹⁹⁰

Outro instrumento, que assume igualmente grande importância na tutela do Ambiente, é sem dúvida o ato administrativo, que como já vimos, constitui a forma principal de atuação jurídica da Administração Pública. Assim, em matéria ambiental são vários os atos administrativos que podem ser aplicados de forma direta ou indireta no ambiente.

No que respeita ao campo da intervenção preventiva da Administração Pública, as autorizações (ou os atos autorizativos) assumem uma predominância especial, que não poderíamos, no presente estudo, deixar passar despercebida.

Embora revolucionário o Direito do Ambiente tem nos atos autorizativos, ou autorizações, um dos seus instrumentos jurídicos mais importantes¹⁹¹.

Isto porque a nível de tutela ambiental torna se imprescindível a utilização de atos autorizativos, já que os mesmos constituem um instrumento importante na antecipação dos riscos ambientais. É de salientar que as autorizações surgem da necessidade de estabelecer uma limitação legal ao desenvolvimento de atividades dos particulares. Visa

¹⁸⁹LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *o Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, Coimbra, 1998, pp. 303 ss..

A preposito ainda do procedimento do impacto ambiental que surge nos anos sessenta onde começam a ser desenvolvidos novos conceitos relacionados com a proteção do meio ambiente como é o caso do próprio desenvolvimento sustentável. O princípio da prevenção está intimamente relacionado com o procedimento de avaliação de impacto ambiental desde logo porque propõe se analisar benefícios e prejuízos de uma actividade proposta. Advogamos o mesmo ponto de vista de Luís Filipe Colaço Antunes quando refere que “ a prevenção é maior quando se antecipa o procedimento de avaliação de impacto ambiental, inserindo-o no processo decisional de programas e planos com incidência no território e no ambiente como acontece nos Estados Unidos. Refere ainda o mesmo autor ainda a propósito do mesmo assunto, que tem este princípio uma versão de prevenção negativa que se traduz na “impossibilidade de se desenvolver qualquer acção nefasta” e numa prevenção positiva com a “adoção de medidas de precaução para impedir eventos negativos”. Para mais desenvolvimentos sobre este tema vide LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *o procedimento*, pp.605 e ss..

¹⁹⁰Encontra se previsto a nível Constitucional no artigo 66º quando prevê:

“2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;”

¹⁹¹ Neste sentido, pensemos nos atos autorizativos que conforme Carla Amado Gomes refere “adquirem um relevo especial, na medida em que concretizam, por um lado, uma função preventiva de actividades lesivas do ambiente e, por outro lado, insuflam os ventos revolucionários, pois disciplinam as actuações dos sujeitos numa área em que, até há bem pouco tempo, a regra era a da indisciplina total”. CARLA AMADO GOMES, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente. Em especial, os Actos Autorizativos Ambientais*, Coimbra, 2000, p. 57.

sobretudo o desenvolvimento da atividade, mas dentro das margens legais, todavia “nos últimos anos têm-se multiplicado as críticas a um sistema de mero controlo inicial, reclamando-se em inúmeros sectores a necessidade de um controlo permanente – uma vez que as autorizações “de abertura” não esgotam a sua eficácia com a simples construção das instalações”¹⁹².

É impossível proibir a poluição de uma forma *maxime*, porém a Administração ao impor um limite às quantidades permitidas de poluição, poderá aplicar sanções quando as mesmas não são cumpridas. No contexto do Mercado de Emissões, há uma exigência para que as instalações sejam periodicamente e regularmente fiscalizadas, exatamente para averiguar se estas se mantêm dentro das normas ambientais impostas.

Ou seja, reserva-se a ela também a tarefa de supervisionar os agentes económicos e em casos de incumprimento sancionar com os devidos instrumentos administrativos e se for caso disso fazer-se valer de instrumentos penais (quando o incumprimento já for considerado crime).¹⁹³

Aliás o próprio avanço da tecnologia tem possibilitado que a Administração comece a exigir às instalações a adoção de medidas correctivas que diminuam os riscos ou danos ambientais, sendo que “a introdução nos actos autorizativos de alguma dose de *precaridade* permite à Administração exigir das instalações industriais autorizadas a adaptação a novas exigências ambientais (provocadas por alterações ecológicas ou até pela simples percepção de novos riscos para o ambiente)”¹⁹⁴.

Tem o legislador e a Administração um duplo papel, por um lado devem empenhar-se a fim de evitar a ocorrência de danos nos bens naturais e por outro, devem também acautelar essa ocorrência, através da elaboração de um nexo de causalidade entre uma determinada ação (ou omissão) e o dano.

Com efeito, apesar de todos estarmos cientes do valor que tem a preservação do Ambiente, o mesmo não tem um preço estipulado, o que numa perspectiva de Mercado dificulta em muito a responsabilização e a prevenção de danos ambientais.

¹⁹²JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 54.

¹⁹³É neste sentido importante que toda a estrutura organizativa da Administração passe por atingir os objetivos propostos, nomeadamente, a defesa do ambiente numa ideia de desenvolvimento sustentável.

Quando nos referimos à estrutura organizativa da Administração Pública esta engloba também a administração estadual indireta, a administração autónoma territorial e obviamente a administração central do Estado.

¹⁹⁴FILIPA URBANO CALVÃO, *As actuações*, pp. 136-137.

Daí que urge falarmos de um outro princípio intimamente relacionado com o princípio da prevenção¹⁹⁵, estamos pois a referirmos-nos ao da Precaução, no seu essencial significa *In Dubio pro Natura*, ou seja, na dúvida “sobre os efeitos da acção dos particulares ao ambiente deve-se acautelar a quem age”¹⁹⁶.

Na sua essência este princípio pressupõe uma cautela para que de uma acção não advenham efeitos nocivos. Outras opiniões defendem que “em matéria ambiental, o casuísmo da precaução com a previsão de componentes diversas (...) implica a sua desconsideração enquanto princípio geral de Direito”¹⁹⁷, mais ainda no princípio da Precaução “constate-se o emprego misturado de termos como o perigo, risco, incerteza ou ignorância, o que indicia a dificuldade, numa Sociedade de risco global (...)”¹⁹⁸.

Assim, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁹⁹, estabelece-se que “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Também no n.º 2 do artigo 191.º do TFUE estabelece-se que “A política da União no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador”.

Consideramos que precaução e prevenção apesar de estarem inscritos muitas vezes nos mesmos artigos, são princípios autónomos. O princípio da precaução “tem o seu campo de aplicação dirigido aos casos de dúvida, implicando que o ambiente deva ter a seu favor o benefício da dúvida sempre que haja incerteza e falta de provas científicas suficientes para demonstrar a inocuidade ambiental de determinado comportamento”²⁰⁰.

Na doutrina, este ainda é um princípio que suscita muitas dúvidas, levando mesmo

¹⁹⁵Segundo Vasco Pereira da Silva deve se fazer uma “separação entre prevenção e precaução como princípios distintos e autónomos”, para mais desenvolvimentos vide, VASCO PEREIRA DA SILVA *Verde*, pp. 67 ss..

¹⁹⁶PEDRO KINANGA DOS SANTOS, *Direito Administrativo do Ambiente*, Angola, 2015 p. 73.

¹⁹⁷RUTE NETO CABRITA / GIL SARAIVA, *A Herança*, p. 235.

¹⁹⁸*Ibidem*.

¹⁹⁹Artigo 15.º da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf.

parte da doutrina a desqualificá-lo enquanto princípio jurídico, a este prepósito CARLA AMADO GOMES refere que a “este cepticismo não é decerto alheia uma atitude de desconfiança no que toca às consequências da aplicação da lógica de precaução: no plano internacional, ela potencia temíveis atentados à soberania estadual; no plano interno, ela promove a substituição do juiz ao administrador em nome de uma preferência unilateral – rectius: destruída de ponderação equilibrada – dos valores da protecção ambiental e sanitária”²⁰¹.

A principal consequência prática deste princípio é a transferência do ónus da prova para o potencial poluidor, ou seja, este último terá que provar que as suas atividades não são nocivas para o ambiente. Neste sentido ao autor basta alegar a ameaça da lesão ao ambiente, cabendo ao réu afastar qualquer dúvida que recaía sobre ele.

Em suma, como vimos, tem hoje a Administração uma função essencial na protecção dos recursos naturais e na prevenção dos riscos ambientais. Sendo que, no que respeita ao regime do mercado de emissões propriamente dito, deve a Administração fiscalizar o cumprimento dos deveres que se impõe ao operador através da sua componente fiscalizadora.

Daí que para um cumprimento de tal função implique a utilização de instrumentos apropriados, sendo que a prevenção dos riscos deve ser realizada com cooperação.

Cooperação essa que “não se realiza apenas através de acordos ou de actuações informais, mas estará ainda presente nos procedimentos administrativos (que visam a emissão de instrumentos formais de actuação), realizando em alguma medida os objectivos de rapidez e eficiência que lhe estão adstritos”²⁰².

Salvo melhor opinião, cremos que é no direito administrativo que se encontram as bases sobre as quais se constitui a tutela ambiental, já que “o direito do ambiente, não obstante o seu carácter transversal ao ordenamento jurídico, que impede que o mesmo possa ser reconduzido a um ramo especial do direito administrativo, integra um conjunto de normas que constituem uma expressão típica da função administrativa”²⁰³.

Contudo, não queremos negar a autonomização do Direito do Ambiente, já que

²⁰⁰JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, p. 21.

²⁰¹CARLA AMADO GOMES, *Direito do Ambiente* in, *Anotações Jurisprudenciais Dispersas*, 2ª edição, Lisboa, 2017, p. 69.

²⁰²FILIPA URBANO CALVÃO, *As actuações*, p. 145.

²⁰³SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra, 2010, p. 42.

apesar de reconhecermos a sua “natureza pluridisciplinar²⁰⁴” o mesmo não pode deixar de “ser autonomizado para efeitos pedagógicos, dada a relevância dos valores ambientais no actual contexto jurídico (...)”²⁰⁵.

1.1. O procedimento de atribuição de títulos de emissão de gases com efeito de estufa (TEGEE)

Nos TEGEE temos um “acto administrativo que regula, de forma individual e concreta, os termos da participação de uma determinada instalação poluente no funcionamento do CELE”²⁰⁶.

Ainda assim é importante salientar que o ato administrativo referido no presente capítulo é distinto dos restantes atos administrativos ambientais, isto porque, estes últimos são normalmente uma forma de controlo administrativo destinados a prevenir ameaças ambientais. Já no caso *sub judice* estamos perante um título de emissão de gases com efeito de estufa que não especifica o número de GEE que pode emitir.²⁰⁷²⁰⁸

Daqui constatamos que o título é transmissível e só pode ser alterado se a instalação for transmitida, depois de completados os requisitos exigidos.

A obrigação de detenção de um TEGEE vem desde logo plasmado na Directiva CELE, quando o artigo 4.º dispõe que compete aos Estados-Membros que “nenhuma instalação exerça qualquer actividade enumerada no anexo I de que resultem emissões especificadas em relação a essa actividade, salvo se o respectivo operador possuir um título emitido pela autoridade competente (...)”.

O TEGEE deve ser apresentado à autoridade competente, mediante de prova em como o operador é capaz de monitorizar as emissões. Mais ainda deve o TEGEE conter uma descrição resumida de alguns elementos, nomeadamente, a título exemplificativo,

²⁰⁴VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde*, p. 55.

²⁰⁵*Ibidem*.

²⁰⁶TIAGO ANTUNES, *Ensaio sobre a natureza jurídica das Licenças de Emissão no seio do mercado europeu de carbono*, Lisboa, 2014, p.131.

²⁰⁷alínea c) do n.º 5 artigo 8.º do RCLE.

²⁰⁸É neste sentido que há autores como Tiago Antunes a referirem-se a este título como um título em branco, para mais desenvolvimentos vide TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, pp. 149 e ss..

deve conter uma descrição da atividade e da instalação entre outros²⁰⁹.

A autoridade competente a nível nacional que atribui o TEGEE é como já sabemos APA e compete a esta autoridade “Avaliar o pedido de TEGEE, apresentado pelo operador nos termos do artigo 7.º, e proceder à respectiva emissão”²¹⁰.

Tem a APA, o dever de em 30 dias úteis emitir uma decisão sobre o pedido de TEGEE, sendo que no caso do prazo de 30 dias ser ultrapassado, sem que haja uma decisão expressa, estamos perante um diferimento tácito e “considera-se tacitamente deferida a pretensão do operador, constituindo o comprovativo de entrega do pedido de TEGEE (...)”²¹¹.

É de referir que caso o operador não possua um TEGEE válido o mesmo incorre em contraordenação ambiental muito grave²¹².

Relativamente à autoridade nacional competente, a APA, podemos questionar se a mesma tem a sua atuação vinculada a requisitos aquando da emissão do TEGEE, ou se, como veremos mais à frente, a fiscalização e monitorização ao CELE e às autoridades que o aplicam é demasiado elevada para poder existir por parte da Agência Portuguesa do Ambiente uma competência administrativa discricionária²¹³.

Sabemos que a discricionariedade²¹⁴ é um problema que deriva da lei, ou seja, o poder que a administração tem em escolher uma solução dentro de uma série de soluções possíveis²¹⁵, daqui decorre que “ (...) a discricionariedade apenas existe sobre o domínio da função administrativa que se exerce sob normas de legalidade”²¹⁶.

A figura da discricionariedade ocorre devido ao fato do legislador, na maioria das

²⁰⁹Artigo 5.º e 6.º da Diretiva 2003.

²¹⁰Alínea c) do n.º1 artigo 4.º do RCLE.

²¹¹N.º 4 e 6 do artigo 7.º do RCLE.

²¹²Alínea a) do n.º1 do artigo 26.º do RCLE.

²¹³Segundo MARCELLO CAETANO o poder diz se discricionário "quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado a realização do interesse público protegido pela norma que o confere". - MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Lisboa, 1977 p.120.

²¹⁴Segundo DAVID DUARTE “a discricionariedade não existe para ser limitada, mas existe porque há normas que a conferem, tão só, e a discricionariedade, antes de colocar o problema de como pode ou não ser controlada, suscita a avaliação de normas que regulam o seu exercício” DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, A Teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Lisboa, 2006, pp. 460-461

²¹⁵Contudo tem a Administração a obrigação de escolher a solução mais viável e não qualquer solução, daí que se exige diferenciar entre arbitrariedade e discricionariedade.

²¹⁶Para mais desenvolvimentos, vide DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 464-465.

vezes, não poder prever todas as situações juridicamente possíveis de surgir²¹⁷.

A este prepósito podemos depreender que os atos administrativos serão sempre o resultado de uma combinação de elementos vinculados e discricionários, o que importa é saber, tendo em consideração o caso concreto, até onde vai a sua discricionariedade e vinculação, de maneira a que os limites circunscrevidos sejam claros²¹⁸.

Assim, quando a lei estabelece um determinado comportamento diante de determinada situação, significa que esse será o caminho mais viável para que se preencha o fim da norma, esta lógica vai muito ao encontro de que "o legislador deixa, pois, em maior ou menor grau, a quem tiver de aplicar a lei liberdade para encontrar a melhor solução para cada caso concreto, considerando legal essa solução desde que preencha o fim de interesse público que se pretenda realizar"²¹⁹.

Em resumo, pode haver discricionariedade desde que a mesma não origine condutas abusivas e que coloquem em causa o interesse público²²⁰.

1.2. A atualização dos TEGEE

Procede-se a atualização do TEGEE quando se verificam alterações na instalação²²¹ que tem o TEGEE, assim conforme dispõe o RCLE nas alterações não significativas o operador introduz as alterações necessárias e comunica-as²²².

²¹⁷Ao antagónico de discricionariedade corresponderá a vinculação, sendo que ambas são duas das formas possíveis de atuação administrativa, será assim vinculado o poder em que "o seu exercício esta regulado por lei", para mais desenvolvimentos vide, MARCELLO CAETANO, *Princípios*, p. 120.

²¹⁸Contudo apesar de discricionários, os atos administrativos tem que obedecer aos princípios que regem a Administração pública, desde logo, o princípio da legalidade, o da eficiência, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público.

²¹⁹MARCELLO CAETANO, *Princípios*, pp. 120-121.

²²⁰Para mais desenvolvimentos sobre os princípios e a discricionariedade administrativa, vide RITA TOURINHO, *Discricionariedade Administrativa*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 91-155

²²¹É o que estabelece o artigo 7.º do RCLE, quando dispõe que "O operador informa a autoridade competente de quaisquer modificações previstas na natureza ou no funcionamento da instalação ou de qualquer ampliação ou redução significativa da sua capacidade que possam exigir a actualização do título de emissão de gases com efeito de estufa. Se for esse o caso, a autoridade competente actualiza o título. Em caso de alteração da identidade do operador da instalação, a autoridade competente actualiza o título a fim de inserir o nome e o endereço do novo operador".

²²²O n.º 5 do artigo 9.º do RCLE dispõe que: "Tratando-se de alterações não significativas da instalação nos termos do Regulamento (UE) n.º 601/2012, da Comissão, de 21 de junho de 2012, os operadores procedem à necessária alteração do plano de monitorização mencionado na alínea e) do n.º5 do artigo anterior."

Se, *a contrariu sensu* se tratar de alterações significativas será necessário proceder a atualização do TEGEE a realizar pela APA²²³.

Assim compete aos operadores informar a entidade respetiva do “processo de licenciamento da atividade as alterações de natureza ou do funcionamento da instalação que possam exigir a atualização do TEGEE, a efetuar pelo APA.”²²⁴.

Pelo carácter privativo do TEGEE de uma instalação e pelo facto do TEGEE ter que ser atualizado quando há uma mudança na instalação, há autores que o considerarem como “um *ato real*”, isto porque é “relativo a uma coisa, instalação ou equipamento”, mais ainda “que acompanha em permanência o objeto a que diz respeito e que, nessa medida, apenas pode ser um ato real e não um ato pessoal”²²⁵.

A atualização do TEGEE deverá ser quinquenal²²⁶, sendo que decorrido esse prazo o título caduca, após ser realizada audiência prévia do operador²²⁷.

O n.º 6 estabelece ainda que “As alterações ao plano de monitorização efetuadas nos termos do número anterior são comunicadas à APA, I.P., durante os meses de junho e dezembro, consoante ocorram, respetivamente, no primeiro ou no segundo semestre do ano a que dizem respeito.”

²²³É o que se encontra previsto no n.º 1 do artigo 9.º quando prevê que “os operadores comunicam à entidade competente pelo respetivo processo de licenciamento da atividade as alterações da natureza ou do funcionamento da instalação que possam exigir a atualização do TEGEE, a efetuar pela APA, I.P.”;

E no n.º 3 quando estabelece que “sem prejuízo de outros prazos definidos em legislação específica relativa ao licenciamento, a entidade competente pelo respetivo processo de licenciamento da atividade remete, no prazo de três dias úteis, as informações referidas nos números anteriores à APA, I.P., que procede à atualização do TEGEE”.

²²⁴Conforme resulta do n.º 1 e o n.º 2 do artigo 9.º do RCLE quando prescreve que “a transmissão, a qualquer título, de instalação abrangida pelo presente diploma, devidamente comprovada, é comunicada pelo operador, no prazo de 30 dias úteis, à entidade competente pelo respetivo processo de licenciamento da atividade, com vista à atualização do TEGEE com a identificação do novo operador”.

²²⁵TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 138.

²²⁶Segundo o n.º 1 do artigo 6.º (terceiro parágrafo) da Diretiva 2003 quando dispõe “A autoridade competente deve, pelo menos quinquenalmente, proceder à revisão do título de emissão de gases com efeito de estufa e efectuar eventuais alterações, se for caso disso”.

E segundo o n.º 3 do artigo 8.º do RCLE, quando estabelece “nos casos em que o TEGEE não tenha sofrido qualquer atualização num período de 5 anos, o operador solicita à APA, I.P., a revisão do mesmo, sendo o TEGEE atualizado por este organismo, se for caso disso, nos termos do artigo anterior”.

²²⁷É o que resulta da alínea b) do n.º 1 do artigo 13.º do RCLE quando prevê “a APA, I.P., realizada a audiência prévia do operador, cancela a concessão de licenças de emissão sempre que tome conhecimento da ocorrência de uma das seguintes situações:

(...)

b) o TEGEE ou a licença ambiental se encontrem caducados”.

1.3. A atribuição de licenças de emissão

A licença está definida pela Directiva 2010/75/UE²²⁸, que a define como "uma autorização escrita para explorar a totalidade ou parte de uma instalação ou de uma instalação de combustão, de uma instalação de incineração de resíduos ou de uma instalação de co-incineração de resíduos"²²⁹.

Deste modo, quando se concede a licença, a autoridade competente tem que garantir que a instalação cumpre os requisitos exigidos da referida diretiva, caso contrário é motivo para recusar a atribuição da licença²³⁰.

Devem igualmente os Estados-membros aquando da atribuição das licenças certificarem-se que a mesma cumpre as condições de licenciamento, com vista a atingir um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo²³¹.

Sendo que, para cada tonelada de poluição emitida, o particular tem de possuir uma licença de emissão, durante um determinado período²³².

Afigura-se-nos necessário estabelecer aqui uma distinção relevante, a de que não se pode confundir licença ambiental, com título de emissão de gases com efeito de estufa, com licenças de emissão de gases com efeito de estufa²³³.

²²⁸A Directiva 2010/75/EU do Parlamento Europeu e do Conselho a 24 de Novembro de 2010 revogou a Directiva 2008/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 15 de Janeiro de 2008 que por sua vez revogou a Directiva 96/61/CE.

Transposta para a ordem jurídica interna pelo DL n.º 194/2000 de 21 de Agosto, revogado pelo DL n.º 173/2008, de 26 de Agosto, que entretanto também foi revogado pelo DL n.º 127/2013, de 30 de Agosto, o artigo 1.º dispõe que "O presente decreto-lei estabelece o regime de emissões industriais aplicável à prevenção e ao controlo integrados da poluição, bem como as regras destinadas a evitar e ou reduzir as emissões para o ar, a água e o solo e a produção de resíduos, a fim de alcançar um elevado nível de protecção do ambiente no seu todo, e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição)".

²²⁹n.º 7 do artigo 3.º da Directiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de novembro de 2010.

²³⁰n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de novembro de 2010 relativa à prevenção e controlo integrado da poluição, quando dispõe: "Sem prejuízo de outros requisitos impostos pela legislação nacional ou da União, a autoridade competente concede uma licença se a instalação cumprir os requisitos da presente directiva".

²³¹É o que consta do artigo 14.º da Directiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de novembro de 2010 que tem por epígrafe "Condições de Licenciamento", onde estão incluídas algumas das medidas que a licença deve cumprir.

²³²Alínea j) do artigo 2.º do RCLE.

²³³É neste sentido que trazemos à colação o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 16 de março de 2016, no âmbito do processo: 00303/09.9BEMDL que explica a dicotomia existente entre licença ambiental e licença de emissão de gases com efeito de estufa.

Estas duas últimas encontram a sua definição como²³⁴ “a licença de emitir uma tonelada de equivalente a dióxido de carbono durante um determinado período, que só é válido para efeitos do cumprimento da presente directiva e que é transferível em conformidade com as suas disposições”²³⁵.

Verificamos assim, que os gases com efeito de estufa que as empresas libertarem para a atmosfera tem um custo, as chamadas licenças de emissão, daí que podemos afirmar que a licença de emissão funciona como uma atuação preventiva da Administração.

Daí que possamos questionar, se a mesma não constitui num verdadeiro ato administrativo que ao controlar as condutas perigosas dos particulares, tem em vista evitar lesões nos bens ambientais.

O conceito de ato administrativo, encontra se definido no artigo 148.º do CPA,

No referido acórdão a Autora é uma operadora industrial de produtos de barro vermelho que com a sua atividade emite gases com efeito de estufa, assim sendo, a mesma está integrada no conjunto de empresas que fazem parte do PNALE II.

Como operadora de instalação de emissão de gases com efeito de estufa, a mesma tem que proceder ao pedido de TEGEE, que seguidamente devem ser registados no RNLE no Registo Nacional de Licenças de Emissão.

No aludido acórdão dispõe-se que “tais títulos de emissão são livremente transacionáveis, existindo um mercado internacional de compra e venda de emissões, muito activo e no qual os valores de cada tonelada variam substancialmente ao longo do tempo (...)”.

Tem por isso o operador industrial a obrigação de entregar à Agência Portuguesa do Ambiente as toneladas por este emitidas, sendo certo que no caso de ultrapassar as unidades atribuídas deverá as adquirir no mercado, sob pena de ser penalizada.

É pois visível no citado Acórdão a ideia de flexibilidade que os operadores dispõem para gerirem livremente as licenças que lhes são atribuídas, “podendo vendê-las e recompra-las, repetindo a operação quantas vezes entender tentando explorar as variações do mercado, e controlando os seus consumos e correspondentes emissões, melhorando a produtividade dos combustíveis que consome, mudando para combustíveis a que correspondam, real ou por convenção, menos emissões e mesmo adequando a sua actividade a este factor” .

Neste caso, pede a Autora a condenação da Agência Portuguesa do Ambiente a concretizar a atribuição das licenças de emissão a que a autora tem direito, visto a mesma estar inscrita no PNALE II.

Pelo exposto, o Tribunal Central Administrativo Norte decidiu que a Autora “não tem interesse em agir porque não tem necessidade de usar o processo, de instaurar ou fazer prosseguir a acção”. Isto porque, entende-se que se a Autora já tinha no momento da propositura da acção o título de emissão de gases com efeito de estufa significa isso que não interesse processual na demanda.

Em síntese, a Secção de Contencioso Administrativo do supra Tribunal considerou que “a conclusão de que a licença de emissão de gases com efeito de estufa também depende da licença ambiental é uma conclusão errada, pois a detenção da licença ambiental, à data do acto praticado pela ora recorrida, Julho de 2008, não era pressuposto ou condição necessária para a atribuição e disponibilização das licenças de emissão, isto porque em tal data ainda não estava em vigor o art. 18.º-A, aditado ao Decreto-Lei n.º 233/2004 de 14 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 154/2009, de 06/07 com a epígrafe de *Suspensão da concessão das licenças de emissão quando: ...b) A Instalação não possuir licença ambiental exigida nos termos do Decreto-Lei n.º 173/2008 de 26/08*”. Acórdão de março de 2016 do Tribunal Central Administrativo Norte, Secção de Contencioso Administrativo no Processo OO3O3/09.9BEMDL.

²³⁴Essas licenças como sabemos foram implantadas em Portugal por força do Protocolo de Quioto, transposta pela Directiva 2003/87/CE do Parlamento e do Conselho de 13 de Outubro e pelo DL 233/2004 de 14 de Dezembro.

²³⁵É o que dispõe a alínea a) do artigo 3.º da Directiva 2003.

quando dispõe que “ (...), consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

Apesar da definição supra referida, como já vimos o ambiente tem vindo a suscitar uma revisão no próprio conceito de ato administrativo, no que se refere às relações jurídicas que se estabelecem entre os sujeitos.

Assistimos ao afastamento dos atos administrativos clássicos, e ao surgimento de atos administrativos que se estabelecem em relações jurídicas multipolares ou poligonais, de forma a exprimir os diversos direitos e interesses em jogo²³⁶.

Também nas relações jurídicas que se estabelecem no regime jurídico das licenças de emissão transacionáveis denota-se esta multipolaridade, já que existem diferentes direitos e interesses que podem ser afetados pelo ato.

Mas voltando à atribuição de licenças de emissão no mercado de emissões poluentes, o mesmo, como já vimos é constituído por um conjunto de quotas de poluição que são emitidas pela Autoridade administrativa competente que de seguida as coloca em circulação.

De início atribuem-se aos Agentes Económicos as quotas de poluição que são numa fase seguinte transacionados entre os mesmos num mercado livre e ativo.

A Directiva CELE²³⁷ dispõe que “Cada Estado-Membro publica e apresenta à Comissão, até 30 de Setembro de 2011, a lista das instalações abrangidas pela presente directiva no seu território e de eventuais atribuições a título gratuito a cada instalação no seu território”²³⁸, sendo esse cálculo realizado com base nas regras constantes no n.º 1 do artigo 10.º-A e no artigo 10.º-C.

No caso nacional, compete à APA, a elaboração da lista nacional de instalações abrangidas pelo CELE, no período 2013-2020 e a atribuição de licenças de emissão

²³⁶JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*”, 2ª edição, Coimbra, 2007, pp. 55-57.

²³⁷É curioso que o n.º 7 do artigo 11.º do Regime do Comércio de Licenças de Emissão (doravante, RCLE) disponha que as atividades de captura, de transporte e armazenamento de CO₂ não estão vinculadas à obrigação de devolver licenças de emissão nem estão abrangidas para licenças de atribuição gratuita, isto deve-se ao facto das mesmas não se destinarem a emitir GEE, apenas estão incluídas no CELE pelos chamados riscos de fuga de carbono, funciona como uma cautela, ou seja, se ocorrer uma fuga de CO₂ estas instalações ficam sujeitas a adquirir um determinado número de licenças de emissão.

²³⁸O n.º 1 do artigo 11.º da Diretiva 2003.

gratuitas as Instalações que o tenham solicitado²³⁹. Compete portanto à Administração dar início às quotas de poluição que vão ser comercializadas, e é por isso este um momento imprescindível, pois sem o mesmo as licenças de emissão não existiriam.

É de salientar que quaisquer alterações da instalação pretendidas pelo operador, devem ser propostas à entidade competente que remeterá para a APA.

Contudo antes de iniciar a atribuição das licenças de emissão importa saber exactamente qual o tamanho do Mercado, sendo a oferta desde logo estipulada de modo a que não exista uma disocionariedade de emissões disponíveis no mercado.

Apesar desta atribuição de licenças de emissão gratuitas há contudo um limite máximo de poluição que não pode ser ultrapassado, este limite está obviamente relacionado com a proteção ao meio-ambiente.

Citando CARLA AMADO GOMES "a lógica do título de emissão de GEEs não é a do estabelecimento de tectos máximos, mas de uma conformação pelo mínimo a fim de incentivar o operador a reduzir o índice de poluição através da venda de licenças de emissão a terceiros"²⁴⁰.

Quando pensado pelo prisma ecológico toda esta balização de licenças de emissão faz sentido, mesmo que isso tenha consequências desfavoráveis para os operadores económicos com base no princípio da liberdade de empresa.

Afinal o que nós viemos aqui propor a debater não se trata de uma ideia anti progresso, contudo todo esse avanço tecnológico tem que ser pautado por medidas de fiscalização e regulação para que o mesmo não contribua, no limite, para a nossa auto destruição.

Com efeito, tem que existir uma “reconversão dos modelos de desenvolvimento económico”, e ainda é fundamental uma “revolução das mentalidades”, para alcançar uma “política ambiental bem sucedida”²⁴¹.

Em síntese, há necessariamente que estabelecer um equilíbrio entre o empreendedorismo e o progresso humano e os sistemas ecológicos da terra.

²³⁹É o que se encontra estabelecido no n.º 1 do artigo 10.º do RCLE.

²⁴⁰CARLA AMADO GOMES, *Risco*, p. 8.

²⁴¹*Ibidem*

1.3.1. A atribuição de licenças de emissão gratuitas

Também conhecido como *Grandfathering*, a atribuição de licenças de emissão é gratuita quando as mesmas são concedidas com base no seu registo histórico.²⁴²

No fundo o que aqui se pretende é conceder aos operadores económicos alguns “benefícios” e tentar criar aqui o melhor de dois mundos.

Esta atribuição a título gratuito também tem em vista evitar as disparidades e contribuir para a igualdade na concorrência dos operadores económicos que têm encargos financeiros decorrentes do CELE em comparação aqueles que não estão abrangidos por este Mercado.

Outra das finalidades das licenças gratuitas diz respeito a uma ideia de continuidade para que os operadores económicos aceitem e continuem agregados a este Mercado.

TIAGO ANTUNES considera estarem dois princípios em causa, nesta atribuição por um lado, o Princípio da Igualdade e por outro, o da Confiança e da Protecção “dirigido à nivelção das condições de concorrência entre os operadores económicos abrangidos pelo sistema de comércio das emissões poluentes e aqueles que não ficaram abrangidos por este sistema”²⁴³

Nas licenças gratuitas coloca-se a questão relevante, a saber, quantas licenças devem ser atribuídas a cada Instalação?!

A resposta leva a uma distribuição das licenças de acordo com o seu histórico de emissões. Ou seja, quando o operador não utiliza todas as licenças, pode o mesmo comercializá-las, sendo que, no caso do operador ter esgotado as suas licenças, terá que proceder à sua compra.

Esta transferência de licenças tem por base a própria lei da oferta e da procura do mercado, de modo a que exista uma distribuição mais eficiente e menos ecológicamente agressiva.

No entanto, o sistema gratuito de distribuição de licenças coloca na mesa o problema, de saber se o mesmo não constitui uma violação ao Princípio do Poluidor-Pagador, na

²⁴²Contra a atribuição gratuita vide GERALD TORRES, “Who owns the sky”, in *Pace Environmental Law Review*, vol. 18, number 2, Summer 2001, p. 227.

medida em que, este princípio vai contra a lógica de beneficiar o poluidor.

Assim sendo, estamos naquilo que parece ser um contra senso, pois neste caso o Poluidor deixa de pagar pelo seu título e ainda recebe do Estado um benefício para poder poluir sem custos.

Mais uma vez é evidente que há alguma dificuldade em conciliar o nível económico com a proteção do ambiente, isto porque torna se claro que há aqui uma violação do referido princípio, contudo também nos parece natural a atribuição gratuita de licenças, uma vez que assim se contribui para alguma igualdade de concorrência dos operadores económicos.

Não obstante considerarmos a atribuição gratuita como um possível problema na ótica do princípio do poluidor-pagador, outro problema surge com o artigo 10.º A da Diretiva 2003 que ao estabelecer “parâmetros *ex ante* a nível comunitário que assegurem que a atribuição se processe de uma forma que incentive reduções das emissões de gases com efeito de estufa e técnicas energéticas eficientes (...)”²⁴⁴.

O aludido artigo, através de um fator de correção, limita a quantidade de licenças a atribuir a título gratuito tendo por base a apreciação global das emissões históricas e as necessidades das instalações.

O que coloca o problema de competir aos Estados-Membros determinar o valor referido no artigo 10.º A, n.º 5 da diretiva 2003²⁴⁵, este cálculo faz-se a partir da atividade histórica de cada instalação e nos parâmetros de referência (também denominados por benchmarks) fixados pela Decisão 2011/278 (Regras Harmonizadas para a Alocação de Licenças de Emissão Gratuitas)²⁴⁶ para a atividade em causa.

Através destes *benchmarks* prevê-se que incentivem a redução das emissões de gases

²⁴³TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 173.

²⁴⁴Considerando 4 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 2016 no processo C-506/14, pesquisável em: <http://curia.europa.eu>

²⁴⁵Quando estabelece “A quantidade máxima anual de licenças de emissão que constitui a base para o cálculo das atribuições a instalações não abrangidas pelo n.º 3 e que não sejam novos operadores não deve ser superior à soma:

a) Da quantidade total anual a nível comunitário, determinada nos termos do artigo 9.o e multiplicada pela quota-parte das emissões provenientes de instalações não abrangidas pelo n.º 3 no total das emissões médias verificadas, durante o período de 2005 a 2007, proveniente de instalações abrangidas pelo regime comunitário no período de 2008 a 2012;

b) Do total das emissões médias anuais verificadas durante o período de 2005 a 2007 provenientes de instalações apenas incluídas no regime comunitário a partir de 2013 e não abrangidas pelo n.º 3, ajustadas pelo factor linear previsto no artigo 9.º”.

²⁴⁶<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0180>

com efeito de estufa e o desenvolvimento de técnicas energéticas mais eficientes, como é o caso, por exemplo, da cogeração de alta eficiência e a possível recuperação de energia a partir desses gases.

Quando a Comissão calcula o fator de correção tem a mesma que ter em linha de conta as atividades desenvolvidas pelas Instalações²⁴⁷.

A nível jurídico, está aqui em causa saber se o cálculo do fator de correção não deveria aplicar um fator de correção transectorial uniforme²⁴⁸. O que não tem, até ao momento acontecido, já que o mesmo é realizado mediante o cálculo pelos Estados-Membros e pela Comissão, ou seja, são realizados através de métodos diferentes o que por sua vez origina resultados diferentes.

Contudo, a aplicação de um fator de correção transectorial uniforme, vê a sua aplicação complicada quanto a instalações de sectores expostos, a um risco significativo de fuga de carbono²⁴⁹.

²⁴⁷Por definição da alínea e) do artigo 3.º da Diretiva 2003 entende-se por Instalação “a unidade técnica fixa onde se realizam uma ou mais das actividades enumeradas no anexo I e quaisquer outras actividades directamente associadas que tenham uma relação técnica com as actividades realizadas nesse local e que possam ter influência nas emissões e na poluição”.

²⁴⁸Parte final do n.º 5 do artigo 10.º A da Diretiva 2003 quando dispõe que:

“Deve ser aplicado um factor de correcção transectorial uniforme, se necessário.”

²⁴⁹Relativamente a aplicação do fator de correção transectorial a instalações de setores expostos a um risco significativo de fuga de carbono, importa trazer à colação um importante Acórdão nesta matéria, trata-se do Processo C-506/14, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, (nos termos do artigo 267.º TFUE) pelo Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia) por decisão de 7 de novembro de 2014, mas que deu entrada no Tribunal de Justiça a 12 de novembro de 2014.

O litígio tem origem pela decisão de 8 de janeiro de 2014, quando o Ministro de Trabalho e da Economia determina a quantidade de licenças a atribuir a título gratuito para o período de 2013 a 2020.

Essa decisão teve por base nos valores de referência da Decisão 2011/278 e consequentemente aplicou os fatores de correção determinado pelo artigo 4.º e pelo anexo II da decisão 2013/448.

Contudo essa decisão foi desde logo impugnada no Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia por operadores das instalações emissores de gases com efeito de estufa por os mesmos considerarem existirem erros de direito relativo a ambas as Decisões.

Nos seus pontos de vista, sustentam os quatro operadores das instalações que a decisão 2013/448 é ferida de ilegalidade pois determina o fator de correção, além do mais, defendem que a aplicação de fator de correção a sectores expostos a fuga do carbono constitui uma violação clara à diretiva 2003/87.

A título de exemplo, uma das questões prejudiciais que o Supremo Tribunal Administrativo decidiu submeter ao Tribunal de Justiça foi a de colocar em causa a validade da Decisão 2013/448 já que se aplica o fator de correção a instalações expostas a um risco significativo de fuga de carbono.

Conforme dispõe o artigo 10.º A n.º 11 da Diretiva 2003/87 “a quantidade de licenças de emissão atribuídas a título gratuito ao abrigo dos n.º 4 a 7 do presente artigo em 2013 deve ser de 80 % da quantidade determinada de acordo com as medidas referidas no n.º 1”.

Contudo o artigo 10.º A n.º 12 da mencionada Diretiva, prevê a aplicação de uma exceção, assim “em 2013 e, subsequentemente, todos os anos até 2020, devem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito, nos termos do n.º 1, a instalações em sectores ou subsectores expostos a um risco significativo de fuga de carbono até 100 % da quantidade determinada de acordo com as medidas referidas no n.º 1”

Com vista a aplicar o referido artigo da Diretiva, a Comissão estabeleceu no artigo 10.º n.º 4 da Decisão 2011/278 o seguinte “ Para efeitos da aplicação do artigo 10.º -A, n.º 11, da Directiva 2003/87/CE, os factores mencionados no anexo VI serão aplicados ao número anual preliminar de

Partilhamos o ponto de vista da Advogada-Geral Juliane Kokott de que à luz da diretiva 2003 o fator de correção na atribuição de licenças a título gratuito, tem uma dupla finalidade, por um lado “ aplica o fator linear de redução de 1,74%. Esta finalidade não é afetada pela assimetria contestada. No entanto, seria igualmente possível aplicar o fator de redução sem a complicada comparação entre a necessidade reconhecida e o limite máximo para a indústria”, por outro, “este deve assegurar que as atribuições a efetuar a título gratuito com base nos parâmetros de referência não alterem, em benefício da indústria, o equilíbrio existente à luz do anterior regime de atribuição de licenças entre as atividades industriais e a produção de eletricidade”²⁵⁰.

1.3.2. A atribuição de licenças de emissão por leilão

Já sabemos que uma das principais alterações introduzidas pela Diretiva de 2009 foi a possibilidade de atribuir licenças de emissão através do leilão.

O leilão é definido como um instrumento oneroso em que o critério é a licitação mais alta oferecida e a sua regulamentação encontra-se estabelecida no artigo 10.º da diretiva

licenças de emissão atribuídas a título gratuito determinado em relação a cada subinstalação, nos termos do n.º 2 do presente artigo, para o ano em causa, caso os processos realizados nessas subinstalações sirvam sectores ou subsectores que se considere não estarem expostos a um risco significativo de fuga de carbono, tal como determinado pela Decisão 2010/2/UE.”

O tribunal de justiça deu o seu parecer no sentido de que “a quantidade final total anual de licenças atribuídas a título gratuito a cada instalação existente, exceto instalações abrangidas pelo artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87, será a quantidade total anual preliminar de licenças atribuídas a título gratuito a cada instalação, determinada em conformidade com o artigo 10.º, n.º 7, da Decisão 2011/278, multiplicada pelo fator de correção transetorial determinado nos termos do artigo 15.º, n.º 3, dessa mesma decisão.

Por conseguinte, a aplicação do fator de correção é prevista sem qualquer distinção entre as instalações dos setores que estão expostos a um risco significativo de fuga de carbono e as que pertencem a setores que não estão expostos a um tal risco”.

Mais ainda, acrescenta que “a Comissão aprova medidas de execução plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão a que se referem os n.ºs 4, 5, 7 e 12 do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87, incluindo todas as disposições necessárias para uma aplicação harmonizada do n.º 19 desse artigo. Por conseguinte, entre as medidas referidas no n.º 1 do referido artigo, figura a aplicação do fator de correção previsto no seu n.º 5.

“Por conseguinte, se se essas medidas não compreenderem o fator de correção, o mesmo não poderá ser aplicado às instalações dos setores e subsectores que estão expostos a um risco significativo de fuga de carbono nem às instalações dos setores que não estão expostos a um tal risco. “

O tribunal de justiça considerou que a Comissão teve razão “quando, no artigo 10.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278, não isentou as instalações dos setores ou dos subsectores considerados expostos a um risco relevante de fuga de carbono da aplicação do fator de correção”.

²⁵⁰Considerando 57 e 58 das Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas a 12 de novembro de 2015 nos processos apensos C-191/14 e C-192/14, pesquisável em: <http://curia.europa.eu/>

CELE²⁵¹ e ainda no Regulamento (UE) n.º 1031/2010 da Comissão de 12 de novembro de 2010²⁵².

Na atribuição de licenças de emissão por Leilão, (ou *Auctioning*), as licenças são vendidas, salientamos contudo que não estamos obviamente a referirmos-nos à licença administrativa tradicional, já que nesse caso não é permitida a prática em função de um pagamento em dinheiro ou do valor de uma licitação.

De modo a atingir-se os objetivos de simplicidade, equidade e eficácia, no CELE optou-se por um leilão em formato confidencial²⁵³.

Mais ainda, é o mesmo realizado em regra semanalmente, isto porque reduz o risco de abusos de mercado²⁵⁴.

Ao contrário do que sucede com a atribuição a título gratuito, no caso do leilão não se coloca a questão da violação do princípio do poluidor-pagador, já que o mesmo princípio pressupõe que as licenças de emissão devam ser pagas.

Porém colocam-se outras questões, nomeadamente a do risco de fuga de carbono²⁵⁵, isto porque, enquanto nas licenças que eram obtidas a título gratuito esta questão não se levantava, neste caso “a União Europeia, ao passar a exigir um pagamento pelas licenças de emissão introduzidas no mercado, não podia ignorar as possíveis consequências – em termos de deslocalização do tecido industrial – que daí poderiam advir”²⁵⁶.

Assim, havia que encontrar uma solução viável quer em termos económicos, quer ambientais para esta questão, e assim foi, o legislador passou a estabelecer que as

²⁵¹Dispõe que “Os Estados-Membros devem atribuir gratuitamente, pelo menos, 95% das licenças de emissão para o período de três anos com início a 1 de janeiro de 2005. Os Estados-Membros devem atribuir gratuitamente pelo menos 90% das licenças de emissão para o período de cinco anos com início em 1 de janeiro de 2008”.

²⁵²Versão atualizada disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02010R1031-20171108&from=EN>

²⁵³Considerando 17 do Regulamento (UE) n.º 1031/2010 da Comissão de 12 de novembro de 2010.

²⁵⁴Considerando 18 do Regulamento (UE) n.º 1031/2010 da Comissão de 12 de novembro de 2010.

²⁵⁵ A fuga de carbono consiste essencialmente no fato de existirem discrepâncias nas diferentes zonas do globo, isto é, enquanto existem zonas como é o caso da União Europeia em que ao funcionar um mercado de emissões, toda a libertação de GEE terá um determinado custo. Por outro lado, existem outras zonas do globo que ao não estarem sob a égide de nenhum instrumento como o CELE, as empresas aqui situadas não terão qualquer custo económico com a libertação de emissões. Existindo assim, uma fuga de carbono.

²⁵⁶TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 207.

instalações dos setores em risco de fuga de carbono pudessem continuar a receber licenças a título gratuito.²⁵⁷.

É de destacar que apesar do seu carácter opcional, o leilão era prática habitual na primeira e segunda fase do CELE, sendo que apenas em 2013 com a terceira fase do CELE, o leilão passou a ter carácter obrigatório para algumas licenças de emissão²⁵⁸.

Assim, nas técnicas de distribuição onerosa, assiste-se à venda de quotas de poluição, exigindo-se o pagamento de uma garantia pecuniária como contrapartida da atribuição de uma licença de poluir até certas quantidades. Nestes casos, como já referimos, o princípio do poluidor-pagador é respeitado, e assegura a igualdade e lealdade da concorrência, daí que a prática do leilão tenha vindo ao longo dos tempos, a ser a habitual neste comércio²⁵⁹.

Aliás o leilão ao aplicar de forma eficaz o princípio do poluido-pagador, origina maiores receitas, assegura uma maior igualdade de tratamento dos agentes económicos que adquirem licenças de emissão, originando assim um sistema mais transparente na distribuição da poluição.

Devemos referir que dentro deste sistema existem várias modalidades, mas deve-se adotar a técnica que, em concreto, garante a igualdade de todos os agentes económicos interessados.

A opção pela via do leilão prende-se essencialmente pela vontade em harmonizar o mercado de emissões, passando a ter-se um esquema de “cap, charge and trade”.

Outra curiosidade do leilão, trata-se do fato, deste admitir a possibilidade de outras entidades fora do CELE possam licitar, desde que possuam as instalações e os meios

²⁵⁷N.º 12 do artigo 10.º A, da Diretiva 2003 dispõe que:

“Sem prejuízo do disposto no artigo 10.º-B, em 2013 e, subsequentemente, todos os anos até 2020, devem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito, nos termos do n.º 1, a instalações em sectores ou subsectores expostos a um risco significativo de fuga de carbono até 100 % da quantidade determinada de acordo com as medidas referidas no n.º 1”.

E no ordenamento jurídico nacional através do artigo 11.º n.º5 do RCLE quando dispõe que: “Excetuam-se do disposto do número anterior as instalações de sectores ou subsectores expostos a um risco significativo de fugas de carbono (...)” e no n.º 6 quando estabelece que “para além de atribuição de licenças gratuitas nos termos do número anterior, podem ser adotadas medidas a favor de sectores e subsectores expostos a um risco de fuga de carbono, (...) respeitante às orientações relativas a determinadas medidas de auxílio estatal no âmbito do regime CELE (...)”.

²⁵⁸N.º 1 do artigo 17.º do RCLE “A partir de 1 de janeiro de 2013, as licenças de emissão que não sejam atribuídas a título gratuito ficam sujeitas a venda em leilão”.

²⁵⁹A prática gratuita começa a ser apenas utilizada em situações muito particulares, e o leilão passa a ser a escolha habitual já que trata-se de “um método de venda de livre acesso, em que os interessados se encontram em rigoroso pé de igualdade, competindo entre si e sendo selecionados de forma objetiva, unicamente em função do valor das respetivas licitações”. TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 217.

jurídicos (autorizações) para determinadas atividades industriais económicas.

Todavia, não são apenas vantagens que caracterizam este sistema de alocação onerosa de licenças de emissão, tem o mesmo algumas questões suscetíveis de causar perplexidade.

Nomeadamente, na ótica do Direito Administrativo, poderá ser questionável se deve a Administração alienar licenças de emissão através da prática do leilão, esta questão prende-se muito com a própria natureza jurídica das licenças de emissão²⁶⁰.

As licenças de emissão ao constituírem um “instrumento administrativo de limitação e de controlo – ainda que em moldes inovadores – do fenómeno poluente”²⁶¹ parecem não pertencer ao direito privado, pelo contrário, salvo melhor opinião, consideramos que as mesmas podem ser de natureza jurídico-pública.

Também o princípio da gratuitidade do procedimento administrativo, estabelecida no artigo 15.º do CPA, é um pouco “abalada” com o surgimento destas questões, isto porque, na ótica do direito público, conceitos como preço não parecem ser de aplicar.

Apesar das possíveis contradições, a negociação em leilão é regulamentada pelas autoridades nacionais competentes, sendo que estes mercados encontram-se sobre a jurisdição dos tribunais administrativos²⁶².

Quanto às receitas dos leilões, a Diretiva CELE pronuncia-se, no sentido de que cada Estado fica com o que arrecada dos seus leilões²⁶³.

No que respeita a esta indicação que a Diretiva dá aos Estados sobre as verbas²⁶⁴, TIAGO ANTUNES considera “no mínimo questionável” já que vai contra aquilo que a própria Diretiva estabeleceu no n.º 3 do artigo 10.º quando dispõe, que “cabe aos estados-membros determinar a utilização das receitas geradas com as vendas em leilão das licenças de emissão”.

²⁶⁰A este propósito, assiste-se nestes casos a umas licenças com características particulares, isto porque nestes casos “a Administração – ao emitir as licenças de emissão – não analisa as circunstâncias do caso concreto, não pondera os interesses em presença, nem leva em consideração os destinatários dessas licenças” isto porque no caso destas licenças estas não se aplicam a um determinado caso concreto, ou seja, são de aplicar em diversos locais por diferentes sujeitos. TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p. 194.

²⁶¹TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 514.

²⁶²Considerando 31 do (UE) n.º 1031/2010 da Comissão de 12 de novembro de 2010.

²⁶³N.º 2 do artigo 10.º da Diretiva 2003.

²⁶⁴Por exemplo, estabelece a Diretiva 2003 na alínea b) do n.º 2 do artigo 10.º que “10 % da quantidade total de licenças de emissão para venda em leilão são distribuídos entre os Estados-Membros para fins de solidariedade e crescimento na Comunidade (...)”.

Também o Regulamento (UE) n.º 525/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 se pronuncia quanto as receitas, dispondo que os Estados-Membros devem, até 31 de julho de cada ano, comunicar à comissão o destino dado as receitas dos leilões do ano anterior²⁶⁵.

Por último, a possibilidade de anulação do leilão quando o valor for inferior ao preço praticado no mercado secundário²⁶⁶ coloca a questão “de saber se não deveriam ser os próprios Estados a tomar tais decisões”²⁶⁷.

Em suma, o leilão é um instrumento que tem algumas vantagens ao permitir a venda de quotas de poluição²⁶⁸, traduzindo-se em situações ativas de poder que permitem levar a cabo atividades económicas que produzam emissões poluentes.

O mais importante na escolha de uma modalidade de distribuição de licenças de emissão é a mesma “respeitar e fazer assegurar – o mais possível – o princípio constitucional da igualdade”, ou seja, todos os interessados devem estar em circunstâncias iguais²⁶⁹.

²⁶⁵Artigo 17.º do Regulamento (UE) n.º 525/2013 do parlamento europeu e do conselho de 21 de maio de 2013 relativo à criação de um mecanismo de monitorização e de comunicação de informações sobre emissões de gases com efeito de estufa e de comunicação a nível nacional e da União. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0013:0040:PT:PDF>.

²⁶⁶N.º 6 do artigo 7.º do Regulamento (UE) n.º 1031/2010, estabelece que: “Quando o preço final de leilão é significativamente inferior ao preço no mercado secundário prevalecente durante e imediatamente antes do período de licitação, quando se tem em conta a volatilidade a curto prazo do preço das licenças de emissão ao longo de um período definido de tempo antes do leilão, a plataforma de leilões deve anular o leilão”.

E o n.º 7 do supra artigo dispõe que: “Antes do início de um leilão, a plataforma de leilões estabelece a metodologia a utilizar na aplicação do disposto no n.º 6, após ter consultado o supervisor de leilões e obtido o seu parecer sobre o assunto, bem como depois de notificar as autoridades nacionais competentes referidas no artigo 56.º. A plataforma de leilões em questão deve ter na máxima consideração o parecer do supervisor de leilões.”

²⁶⁷TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 226.

²⁶⁸Quanto a problemática da apropriação pelo setor privado da atmosfera, e por sua vez, das quotas de poluição, ÍÑIGO refere que a atmosfera pode ser objeto de uso mas não de apropriação, já que o ar é um bem coletivo, daí que nega o autor a existência de privatização da atmosfera, e considera que as quotas constituem um direito limitado de uso mas não de apropriação da atmosfera. Há uma apropriação, mas é parcial, que não é mais do que o uso de uma coisa comum e legítima, já que todos têm o direito de usar algo que é comum. ÍÑIGO SANZ RUBIALES, *Régimen jurídico-público del mercado comunitário de derechos de emisión en españa*, 2007, pp.310-311.

²⁶⁹TIAGO ANTUNES, *O Comércio*, p.191.

1.4. A gestão de contas nacionais no Registo Português de Licenças de Emissão

Como já observamos os operadores económicos negociam entre si as licenças de emissão sendo que a Administração não tem qualquer domínio ou controle nesse aspecto.

Contudo, para um maior controlo nas operações das licenças de emissão instituiu-se o Registo de Licenças de Emissão da União Europeia, que mais não é do que um aproximar daquilo a que os americanos denominam por “*allowance tracking system*” no âmbito da EPA²⁷⁰.

Para podermos compreender alguns dos aspetos gerais dos registos é desde logo importante definir o conceito de Registo, já que o mesmo pressupõe o respeito por princípios, como o da segurança, transparência, coerência entre outros.

Assim, segundo TIAGO ANTUNES, a definição de Registo "não consiste numa entidade orgânica ou num sujeito jurídico com tarefas registais, mas sim num meio ou, mais concretamente, num instrumento-assente, (...) numa base de dados eletrónica. Não estamos, pois, perante um organismo público. Estamos porventura, mais próximos da figura jurídica do serviço público, enquanto conjunto de meios materiais e humanos (*in casu*, essencialmente meios informáticos, tanto em termos de *hardware*, como de *software*) funcionalmente afetos ao desempenho de uma atividade administrativa (*in casu*, uma atividade administrativa de foro registal, destinada a providenciar segurança e solenidade ao comércio de licenças de emissão)"²⁷¹.

Mais ainda, trata-se de um registo informático que engloba a titularidade das licenças que estão incluídas no CELE, sendo que esse registo da União contém um Diário de Operações da União Europeia (DOUE)²⁷² que tem como principal objetivo registar e

²⁷⁰Allowance trading is an innovative feature of Title IV of the 1990 Clean Air Act Amendments, intended to reduce the costs of compliance with the goals of the statute
<http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-97-21.pdf>

Para mais desenvolvimentos sobre o *allowance tracking system* no âmbito da EPA vide:
<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/40/73.30>.

²⁷¹TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 292.

²⁷²Encontra-se previsto no n.º 2 do artigo 20.º da Diretiva 2003 quando dispõe que “O administrador central deve proceder a um controlo automático de cada operação nos registos através do diário independente de operações para verificar se não existem irregularidades na concessão, transferência e anulação de licenças de emissão” e também no artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 389/2013 da Comissão de 2 de Maio de 2013 (revogou o Regulamento (UE) n.º 1193/2011 da Comissão de 18 de Novembro de 2011) quando dispõe que “É estabelecido o Diário de Operações da União Europeia (DOUE), sob a forma

autorizar as operações, garantindo desse modo que as transferências de licenças cumprem as regras em conformidade com a Diretiva CELE.

Todavia, a este sistema é apontado algumas falhas no que concerne à sua vulnerabilidade, exemplo disso são os sucessivos ataques informáticos a que o sistema foi sujeito, que por sua vez, provaram que as licenças de emissão não estavam devidamente protegidas, daí ser necessário implementar medidas que acautelassem a segurança do sistema europeu de registos²⁷³.

Durante a primeira e segunda fase do CELE, vigorou um diploma importante, no que respeita às especificações funcionais e técnicas e requisitos operacionais e de manutenção relativos ao sistema de registos, na forma de bases de dados electrónicas normalizadas²⁷⁴.

Mas com o início da terceira fase do CELE²⁷⁵ (1 de janeiro de 2013), deixou de existir os registos nacionais, passando a existir apenas um único Registo de licenças de emissão da União Europeia.

Contudo os Estados-Membros, de modo a cumprirem as metas do protocolo de quioto, mantiveram os seus registos nacionais²⁷⁶.

No entanto é de salientar a interligação existente entre o Diário Internacional de operações (DIO) e o Diário de operações da União Europeia (DOUE), ambos constituem dois sistemas interligados, já que as operações realizadas no âmbito do CELE quando envolvem unidades de quioto tem que ser comunicadas a ambos os

de uma base de dados eletrónica normalizada, nos termos do artigo 20.º da Diretiva 2003/87/CE, para a realização de operações abrangidas pelo presente regulamento. O DOUE deve também ser utilizado para registar todas as informações relativas à detenção e transferência de unidades de Quioto comunicadas em conformidade com o estabelecido no artigo 6.º, n.º 2, da Decisão n.º 280/2004/CE.”.

²⁷³Exemplo disso são os ciberataques e fraudes ao IVA que constam no Relatório Especial n.º 06, Integridade e execução do Regime do Comércio de Licenças Emissão da União Europeia, 2015, Tribunal de Contas Europeu, p. 19.

²⁷⁴Estamos, pois, a referir-nos ao Regulamento (CE) n.º 2216/2004 da Comissão de 21 de dezembro de 2001.

Fora contudo objeto de modificações, em 2007 pelo Regulamento (CE) n.º 916/2007 da Comissão de 31 de Julho de 2007, em 2008 pelo Regulamento (CE) n.º 994/2008 da Comissão de 8 de Outubro de 2008. E em 2010 pelo Regulamento (UE) n.º 920/2010 da Comissão de 7 de Outubro de 2010 que alterou o regulamento de 2004.

²⁷⁵Foi aprovado o Regulamento (UE) n.º 1193/2011, aplicando deste modo um novo quadro jurídico ao registo de licenças de emissões.

Contudo, também este teve uma curta vigência, e em 2013 entra em vigor o Regulamento (UE) n.º 389/2013 da Comissão de 2 de Maio de 2013 que revogou os vários regulamentos anteriores.

²⁷⁶Artigo 4º do RCLE que faz menção a um “Registo Português de Licenças de Emissão, integrado no Registo da União”.

organismos²⁷⁷.

No nosso ordenamento jurídico, o Registo Português de Licenças de Emissão, está previsto no RCLE e estabelece que “ Qualquer operador de instalação que desenvolva atividades constantes do anexo II, para qual tenha sido emitido um TEGEE, tem de possuir conta no «Registo Português de Licenças de Emissão integrado no Registo da União» (...)”²⁷⁸.

Daqui decorre uma remissão do RCLE para o Registo da União estabelecido atualmente pelo Regulamento (UE) n.º 389/2013 da Comissão de 2 de maio de 2013 (doravante, Regulamento Registo)²⁷⁹.

O Registo de licenças de emissão da União Europeia prevê que a Comissão aprove um regulamento com vista à criação de um sistema de registos normalizado e seguro, sob a forma de bases de dados electrónicas normalizadas, que dessa forma assegure as obrigações resultantes do Protocolo de Quioto²⁸⁰.

Já sabemos que a Diretiva CELE prevê que qualquer pessoa possa ser titular de licenças de emissão, sendo que registo de dados deve ser acessível ao público²⁸¹.

Cabe ao Administrador Central gerir e manter o Registo da União e deverá manter um diário independente de operações no qual devem ser registadas a concessão, a transferência e a anulação de licenças de emissão²⁸².

Assim, cada Estado-Membro deve designar um Administrador Nacional que seja responsável pela administração da conta em nome de um Estado-Membro ou em nome da União²⁸³.

Relativamente as contas do registo, as mesmas são regidas pelo direito e estão

²⁷⁷Desde logo é o que se encontra previsto no artigo 7.º e considerando 7.º do Regulamento (UE) n.º 389/2013 da Comissão de 2 de maio de 2013.

²⁷⁸N.º 4 do artigo 21.º do RCLE.

²⁷⁹Que estabelece um Registo da União nos termos da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e das Decisões n.º 280/2004/CE e n.º 406/2009 CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga os Regulamentos (UE) n.º 920/2010 e (UE) n.º 1193/2011 da Comissão.

²⁸⁰Está previsto no n.º 1 do artigo 19.º quando dispõe da diretiva CELE “As licenças de emissão emitidas a partir de 1 de Janeiro de 2012 devem ser inscritas no registo comunitário para efeitos de execução de processos relacionados com a manutenção das contas de detenção abertas nos Estados-Membros e de atribuição, devolução e anulação de licenças de emissão nos termos do regulamento a que se refere o n.º 3”.

²⁸¹N.º 2 do artigo 19.º da Diretiva 2003.

²⁸²Previsto no n.º 1 do artigo 20.º da Diretiva 2003 e n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 389/2013 da Comissão de 2 de maio de 2013.

²⁸³Artigo 8.º e 11.º do Regulamento Registo.

sujeitas à jurisdição do Estado-Membro do seu administrador²⁸⁴.

Devem as informações constantes do anexo VI do Regulamento Registo serem facultadas à autoridade competente para que seja aberta uma conta no Registo da União²⁸⁵.

A autoridade competente que nos referimos é o Administrador Nacional que estabelece as condições necessárias para a abertura de contas de depósito ou de negociação no Registo da União²⁸⁶.

Sendo que no caso das informações ou documentos prestados serem falsos ou desatualizados pode o Administrador Nacional recusar a abertura de conta²⁸⁷.

Além de recusadas, podem as contas serem suspensas por algum dos motivos previstos no Regulamento, entre os quais, podemos referir quando o representante autorizado tenta aceder a contas para os quais não tem autorização ou utiliza um nome de utilizador e senha incorretos²⁸⁸.

Assim, no que respeita ao Registo Português de Licenças de Emissão encontra se previsto no RCLE e como vimos está integrado no Registo da União, importa sublinhar que tem os operadores das instalações, o prazo de 20 dias para solicitar, a abertura de uma conta de depósito para o operador.

É de salientar ainda, que qualquer pessoa pode, mesmo que não seja operador, proceder a abertura de uma conta de depósito para o fazer basta solicitar a abertura e assim participar no mercado de emissões²⁸⁹.

A APA é a entidade competente a nível nacional para gerir as contas nacionais do Registo Português de Licenças de Emissão²⁹⁰.

A esta entidade administrativa cabe a responsabilidade do registo se adequar a realidade, sem prejuízo da responsabilidade última pelo funcionamento do Registo

²⁸⁴ Artigo 9.º e seguintes do Regulamento Registo.

²⁸⁵ Conforme prescreve o n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento Registo.

²⁸⁶ Artigo 18.º do Regulamento Registo.

²⁸⁷ Artigo 22.º do Regulamento Registo.

²⁸⁸ Artigo 34.º do Regulamento Registo.

²⁸⁹ É o que consta do n.º 4 do artigo 21 do RCLE que tem por epígrafe “Registo” e o n.º 1 do artigo 16.º e 18.º e ainda o Anexo VI do Regulamento Registo.

²⁹⁰ Alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º do RCLE.

cabem ao Estado²⁹¹.

Assim, não se deve confundir a figura do registo com a do inventário das emissões de GEE, isto porque "o que está em causa é a inscrição e validação registal da operação de devolução de licenças, não propriamente um balanço da poluição ocorrida", esta definição é importante na medida em que estabelece que o registo respeita às licenças de emissão e não as emissões propriamente ditas²⁹².

Importa sublinhar que a atividade registal no domínio administrativo levanta só por si só algumas dúvidas, pois como é sabido a mesma é levada a cabo segundo as características dos serviços administrativos, contudo o que sucede é que no caso dos registos há um conflito com interesses particulares.

No que concerne à possibilidade de estar posta em causa a prossecução do interesse público em virtude da Administração (no domínio do registo) estar ao serviço de interesses particulares, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, considera que a "Esses interesses do ordeiro e eficiente funcionamento da vida em sociedade e do *mercado* ou da *economia* (dos quais a publicidade, o notariado e o registo públicos constituem instrumentos indispensáveis) são interesses públicos e não apenas do interesse de cada um dos sujeitos que aí vivem ou dos operadores que nele concorrem. Nem de outro modo se justificaria a intervenção *activa*, nessa matéria, dos Poderes Públicos"²⁹³.

Em suma, há que salientar que "Sem um Registo seguro, robusto e fidedigno, seria muito difícil controlar a utilização das licenças de emissão, a fim de evitar a sua duplicação e garantir o respeito pelo tecto máximo de emissões. Para além disso, sem um Registo prático, funcional e confiável, os custos de transação seriam bastante maiores, a eficiência do mercado seria menor e as licenças de emissão provavelmente não teriam o mesmo valor"²⁹⁴.

²⁹¹É curioso, que ao contrário do que acontece em Portugal onde o Registo está entregue a uma autoridade administrativa (como já referimos, a APA) no caso Espanhol, pertence a IBERCLEAR que é uma autoridade privada levar a cabo funções de natureza pública. Para mais desenvolvimentos, vide

ÍÑIGO SANZ RUBIALES, *Régimen*, p. 355.

²⁹²TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 297.

²⁹³MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *A publicidade, o notariado e o registo públicos de direitos privados – problemas substantivos, contenciosos e procedimentais*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, p. 480.

²⁹⁴TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 288.

2. A transferência, devolução e anulação de licenças de emissão

No que respeita ao âmbito jurídico da transferência de licenças de emissão, sabemos, que qualquer pessoa pode ser titular de licenças de emissão, sendo que as mesmas podem ser transferidas.

Ou seja, podem as licenças serem transferidas entre pessoas dentro da União Europeia e entre pessoas de países terceiros em que a União tenha celebrado acordos de reconhecimento mútuo de licenças de emissão²⁹⁵.

Aliás essa era uma previsão, que já vinha estabelecida na Directiva de 2003, que previa, igualmente, a transferência de licenças tanto no interior como no exterior da União Europeia²⁹⁶.

Mas para melhor compreendermos as formalidades inerentes ao regime da transferência de licenças, analisaremos o Regulamento (UE) n.º 389/2013 ²⁹⁷.

Antes de mais importa referir que a transferência não é mais do que uma operação no âmbito do Registo da União que transfere uma licença de emissão ou unidade de Quioto de uma conta para outra.

É de aplicar um período de 26 horas entre o início e a comunicação da transferência para a finalização quando se tratem de transferências de licenças de emissão e de unidades de Quioto de leilão iniciados por um titular de conta e por uma conta de negociação²⁹⁸.

É de salientar que os artigos 65.º e 66.º do aludido Regulamento tem muitas semelhanças, desde logo pela análise de ambos concluímos, que seja a conta de negociação ou de depósito, “o Registo da União deve proceder a uma Transferência de licenças de emissão ou de unidades de Quioto”.

A única diferença reside no fato dessa transferência, segundo o n.º1 do artigo 65.º ser “para qualquer outra conta, a menos que essa transferência não seja possível devido aos estados da conta de origem” e no artigo 66.º ser “para uma conta de depósito ou de

²⁹⁵Alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 19.º do RCLE.

²⁹⁶Alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 12.º da Directiva 2003.

²⁹⁷Estabelece o Registo da União relativo ao período de comércio de emissões com início em 1 de janeiro de 2013, e a subsequentes períodos de comércio de emissões, do regime de comércio de licenças de emissão da União.

negociação no Registo da União”.

O legislador também terminou o artigo com a mesma exceção “salvo se essa transferência não for possível devido ao estado da conta de origem (ou de destino)”.

No que concerne à devolução, a mesma é definida como a “contabilização de uma licença de emissão ou unidade de Quioto por um operador ou um operador de aeronave para a cobertura das emissões verificadas na respetiva instalação ou aeronave”²⁹⁹.

Para maior especificidades quanto às formalidades deste regime, recorremos ao artigo 62.º do Regulamento que prevê dois cenários possíveis após a devolução de licenças:

“a) A transferência de um determinado número de licenças de emissão criadas para fins de conformidade no mesmo período de comércio de emissões a partir da conta de depósito de operador ou da conta de depósito de operador de aeronave relevante para a conta de supressão de licenças da União;

b) O registo do número e tipo de licenças de emissão transferidas como licenças devolvidas para cobrir as emissões da instalação do operador ou as emissões do operador de aeronave no período em curso.”

O requisito do n.º 2 do artigo 62.º do Regulamento estabelece que as licenças de emissão de aviação só podem ser devolvidas por operadores de aeronave, e no n.º 3 refere-se que uma licença não pode ser objeto de devolução duas vezes.

Relativamente à anulação de licenças, pode o titular pedir a anulação das suas licenças de emissão a qualquer momento³⁰⁰.

Sendo que entende se por Anulação “a eliminação definitiva de uma unidade de Quioto pelo seu titular sem a sua contabilização para a cobertura das emissões verificadas”³⁰¹.

²⁹⁸N.º 1 do artigo 39.º do Regulamento (UE) n.º 389/2013.

²⁹⁹É o que consta do ponto 15 do artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 389/2013.

³⁰⁰É o que resulta do artigo 12.º da Diretiva 2003 e do n.º 7 do artigo 19.º do RCLE.

3. Fiscalização do cumprimento do regime do CELE

Não obstante do registo, para um bom funcionamento do CELE, é necessário a existência de uma fiscalização de emissões, que resumidamente é definida como uma contabilização das emissões poluentes.

É de salientar que esta fiscalização implica uma obrigação de atualização constante, tanto por parte da Administração, como por parte do operador, já que estamos perante variáveis que alteram constantemente as técnicas empregues.

Consagrada na Diretiva 2003, a Comissão “aprova um regulamento relativo à vigilância e comunicação de informações relativas a emissões e, se for caso disso, a dados de actividade, das actividades enumeradas no anexo I, (...)”³⁰².

Assim pertence ao Regulamento (UE) n.º 601/2012 da Comissão de 21 de Junho de 2012³⁰³ a definição da monitorização e comunicação de informações relativas às emissões de gases com efeito de estufa³⁰⁴.

A fiscalização é composta por três vias: a monitorização, a comunicação e a verificação, e é sobre estas três componentes que incidiremos a nossa análise.

Começando pela Monitorização, esta componente é importante, na medida em que sem a mesma não saberíamos a quantidade, efetiva, de GEE lançados para a atmosfera.

Segundo o anexo IV da Diretiva 2003 dispõe se que as “emissões serão monitorizadas quer através de cálculos, quer com base em medições”.

Já no que respeita ao quadro nacional, o RCLE estabelece que “Os operadores de instalações que, no período 2013-2020, desenvolvam qualquer actividade constante do anexo II, e de que resultem emissões de GEE, monitorizam e comunicam as respectivas emissões de acordo com as orientações gerais e as orientações específicas para cada actividade (...)”³⁰⁵.

³⁰¹Ponto n.º 16 do artigo 3.º do REGULAMENTO (UE) n.º 389/2013.

³⁰²Artigo 14.º da Diretiva 2003.

Versão atualizada disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02012R0601-20140730&from=EN>

³⁰⁴É o que resulta do n.º 2 do artigo 22.º do RCLE.

³⁰⁵N.º 1 do artigo 22.º do RCLE.

É de salientar que a Monotorização obedece a determinados princípios, nomeadamente os de coerência, comparabilidade, transparência, exactidão e integridade³⁰⁶.

De entre os vários elementos que o TEGEE deve conter, destacamos o plano de monotorização, que cumpra os requisitos definidos no supra Regulamento³⁰⁷. Assim, o pedido de TEGEE, é apresentado pelos operadores que tem que descrever de forma metodológica a monotorização a utilizar na Instalação.

Mais ainda prevê se que operador terá que ser capaz de monotorizar as informações das emissões mediante prova³⁰⁸.

É de salientar ainda sobre o plano de monotorização, elaborado pelo operador, que o mesmo deve conter uma “documentação promonerizada, completa e transparente da metodologia de monotorização”³⁰⁹.

Todavia, antes da elaboração desse plano, é importante proceder a uma “avaliação de riscos simplificada para verificar se as atividades de controlo propostas e os procedimentos que lhes são aplicáveis são consentâneos com os riscos inerentes e os riscos de controlo identificados, e justificar a utilização de tal plano de monotorização simplificado”³¹⁰.

Assim, deve o operador enviar a APA, para que esta analise o relatório que contenha as informações sobre as emissões da instalação do ano anterior. E daí decorrem duas situações distintas, ou a metodologia de monotorização é a correcta e adequada e aí a APA, defere o pedido de TEGEE deixando o operador livre para poder levar a cabo o plano de monotorização que foi aprovado.

Ou pelo contrário, se houverem alterações à instalação em causa, o plano de monotorização tem por sua vez também de ser modificado e comunicado posteriormente à APA.

Apesar do RCLE prever que “a fiscalização do cumprimento do presente diploma compete à IGAMAOT³¹¹”, há autores a defenderem que se trata apenas de uma

³⁰⁶Artigo 5.º a 8.º do Regulamento (UE) n.º 601/2012.

³⁰⁷Alínea e) do n.º5 do artigo 8.º do RCLE.

³⁰⁸N.º1 do artigo 8.º do RCLE.

³⁰⁹Conforme o disposto do n.º1 do artigo 12.º do Regulamento (UE) n.º 601/2012.

³¹⁰Conforme consta no n.º 2 do artigo 13.º do supra Regulamento.

³¹¹N.º 1 do artigo 24.º do RCLE.

fiscalização residual³¹².

Assim, a monitorização traduz se numa forma de controlo como processo de aprendizagem e que tem como fonte de inspiração a *european law* e a *public law*, ao desenvolverem novos instrumentos como forma de controlo da atividade administrativa.

É neste sentido, que a “Administração Pública deixa de ser o aparelho burocrático que concretiza o interesse público previamente definido pelo legislador e passa a conformar-se como uma entidade programada (absorve os inputs dos programas políticos fixados pelos Governos e pelo legislador) para concretizar políticas, segundo esquemas de composição de interesses na sociedade (cooperação, *governance* de interesse, negociação), dentro dos limites impostos pelos princípios materiais de justiça (entre os quais se inclui a eficiência e a sustentabilidade) e pelos princípios e regras de um procedimento justo (ex. Transparência, igualdade de oportunidades), sendo a sua performance controlada em diversas fases de modo a garantir o alcance dos resultados (*accountability*, monitorização, responsividade) (...)”³¹³.

Apesar do seu carácter obrigatório e dispendioso, a monitorização faz sentido principalmente quando nos referirmos a grandes fontes de emissões poluentes, foi nessa lógica que a Directiva CELE II de 2009 possibilitou a exclusão de determinadas instalações de funcionamento³¹⁴.

Em suma, a Monitorização é “uma condição sine qua non para que, no âmbito do CELE, se possa emitir GEE; e, de resto, é um elemento indispensável ao próprio funcionamento do mercado de poluição”³¹⁵.

A fase que se segue no âmbito da fiscalização é a Comunicação que é imprescindível para que a Administração tome conhecimento das emissões de GEE de cada Instalação³¹⁶.

Sendo a informação vital para o bom funcionamento do Mercado, os operadores no início de cada ano devem elaborar um relatório que contabilize as emissões totais de

IGAMAOT, sigla para Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do ordenamento do Território.

³¹²Ainda sobre a Monitorização e estas formas de auto-controlo, para mais desenvolvimentos, vide SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo Direito Administrativo?*, pp.72 ss..

³¹³Ibidem p.37.

³¹⁴É o que resulta do artigo 27.º da Diretiva 2003 onde se exclui as pequenas instalações com baixo nível de emissões.

³¹⁵TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 315.

³¹⁶Artigo 17.º da Diretiva 2003.

GEE, relatório esse que será de seguida submetido a um processo de verificação e até 31 de Março enviado à APA³¹⁷.

Esta obrigação de comunicação, é de resto analisada por alguns autores que afirmam que os participantes do sistema são obrigados a fornecer sob a sua responsabilidade, informações à administração sobre o volume de emissões realizadas no estabelecimento industrial.

Mais ainda refere se que esta informação, tem uma diferença significativa, pois não se pode determinar a imposição de uma sanção para o não cumprimento dos limites quantitativos de autorizações clássicos, mas apenas a obrigação de entregar os títulos correspondentes aos direitos consumidos.

A este prepósito ÍÑIGO refere que todo este sistema de informação e verificação, substitui o clássico procedimento de inspeção administrativa³¹⁸.

Assim como já vimos, o relatório que é submetido à verificação é enviado para a APA e assume uma particular importância, na medida em que determina a quantidade de GEE que aquela instalação emitiu e evitará uma dispersão ou multiplicação da informação nele contida.

É de salientar, que o Regulamento sobre a monitorização dispõe que os "relatórios sobre as emissões na posse da autoridade competente devem ser também colocados à disposição do público por essa autoridade (...)" ou seja, esta divulgação anual dos relatórios tem necessariamente um impacto no Mercado, já que é neste que se apura as quotas de responsabilização que cada operador detém e se o mesmo terá que devolver licenças ou pagar por mais³¹⁹.

É fundamental a apresentação do relatório de emissões pelo operador, de modo a atingir o objetivo primordial que é alcançar um nível de proteção do ambiente, no seu todo, já que este elemento serve de controlo às emissões, o que por sua vez salvaguarda o ambiente.

Depois de procedermos a análise da Monitorização e da Comunicação é chegada a vez de terminarmos o âmbito da Fiscalização do CELE, com o último passo, o da

³¹⁷N.º 3 do artigo 14.º da Diretiva 2003 e n.º3 do artigo 22.º do RCLE.

³¹⁸ÍÑIGO considera que esta obrigação de comunicação exige uma colaboração muito mais ativa por parte dos empresários no desenvolvimento da própria atividade administrativa.

ÍÑIGO SANZ RUBIALES, *Régimen*, pp. 91-92.

³¹⁹Artigo 71.º do Regulamento (UE) n.º 601/2012.

Verificação.

A verificação surge quando se estabelece que compete aos Estados-Membros assegurar os relatórios que foram apresentados pelos operadores, de acordo com os critérios do anexo V.

E ainda vem este mecanismo estabelecido no RCLE quando refere que o “relatório de emissões da instalação apresentado pelo operador (...) é verificado por verificadores acreditados (...)”³²⁰.

Entende-se por verificador uma entidade jurídica que realiza atividades de verificação e esteja acreditada por um organismo nacional de acreditação.

É de salientar desde logo a exigência que a Administração manifesta no sentido de exigir que as informações prestadas pelos operadores sejam certificadas por terceiros.

A intervenção de entidades acreditadas e dos verificadores constitui uma solução administrativa, já que originará uma decisão administrativa mais célere por parte da Autoridade Administrativa.

Mais curioso se torna quando nos deparamos que este terceiro é privado, isto porque de modo a “garantir tal uniformidade de controlo, considerou-se que o melhor seria não confiar esta tarefa aos Estados-Membros, mas a entidade de natureza privada – devidamente acreditadas para o efeito – que, aplicando exactamente as mesmas regras e os mesmos procedimentos de inspecção e análise, atestariam oficialmente da conformidade dos produtos – qualquer que fosse sua proveniência ou o seu destino – com os requisitos de qualidade e/ou segurança aplicáveis e, consequentemente, procederiam (ou não) à respectiva certificação”³²¹.

Citando PEDRO GONÇALVES, “o estabelecimento das «normas» e dos «detalhes técnicos» que os produtos devem observar para respeitar as exigências essenciais é confiado aos organismos europeus de normalização (entidades privadas) que adoptam as normas europeias harmonizadas”.³²²

Mais ainda refere o mesmo autor, que a “actividade de *certificação* incide exactamente sobre o cumprimento das normas técnicas. Essa diligência, também privatizada, confia-se a organismos privados de controlo e de certificação oficialmente

³²⁰N.º 1 do artigo 23.º do RCLE

³²¹Tiago Antunes, *Ensaio*, p.318.

acreditados pelo Estado, os designados *organismos notificados*”.³²³

No âmbito da verificação, há regras de imparcialidade que o verificador deve obedecer, assim, “O verificador deve ser independente do operador de instalação ou do operador de aeronave e exercer as suas atividades de verificação de forma imparcial”³²⁴.

Assim, tem o operador o encargo de enviar a APA, um relatório com as informações sobre as emissões que, como vimos, será submetido a um processo de verificação³²⁵.

Como também já observamos, é da competência da APA, avaliar o relatório de emissões, sendo que “Os Estados-Membros devem assegurar, que os operadores e os operadores de aeronaves cujos relatórios não tenham sido considerados satisfatórios, em conformidade com os critérios estabelecidos no Anexo V e com as disposições pormenorizadas aprovadas pela Comissão nos termos do presente artigo, até 31 de Março de cada ano, no que se refere às emissões do ano anterior, não possam transferir licenças de emissão enquanto os respectivos relatórios não forem considerados satisfatórios”³²⁶.

Se o relatório não for considerado satisfatório pelo Verificador ou se não for entregue até ao prazo estabelecido, procede a APA a uma estimativa de emissões, com base num método de cálculo que por motivos de elevado teor de tecnicidade não iremos aqui desenvolver³²⁷.

Para terminar, importa referir que o RCLE vem estabelecer que a acreditação dos Verificadores compete ao Instituto Português de Acreditação, IP.³²⁸, porém no regime anterior esta tarefa pertencia à APA, enquanto que hoje em dia a mesma fica confiada a assegurar a “assegurar a realização de ações de formação com carácter obrigatório, para verificadores com vista a harmonização da interpretação das regras de aplicação do regime CELE (...)”³²⁹.

Em síntese, são fundamento para a eficácia de um funcionamento competente do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa os instrumentos de fiscalização que acabamos de mencionar.

³²²PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005, p.193.

³²³*Ibidem*

³²⁴Artigo 42.º do Regulamento (UE) n.º 600/2012.

³²⁵N.º 3 do artigo 22.º do RCLE.

³²⁶Artigo 15.º da Diretiva 2003/87.

³²⁷É o que está previsto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 23.º do RCLE.

³²⁸N.º 4 do artigo 5.º do RCLE.

³²⁹Alínea g) do n.º1 do artigo 4.º do RCLE.

Daqui decorre que podemos observar o poder para fiscalizar o funcionamento do comércio de emissões encontra-se sob a vigilância administrativa.

Assim, no que concerne ao domínio do Ambiente, tem a Administração a “importante função de fiscalização”³³⁰.

³³⁰JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º4, 1995, pp. 69 e ss..

4. O Direito Administrativo Sancionatório e o Direito Penal na tutela do Ambiente

Já sabemos que no domínio do Direito do Ambiente cabe ao Direito Administrativo ser o normativo por excelência.

Porém, não podemos com esta afirmação deixar de questionar qual será o ramo do Direito Sancionatório que se encontra mais adequado para tutelar os bens ambientais.

Nesta lógica, e porque o Direito Ambiental encontra-se em conexão com diversos ramos de direito, GOMES CANOTILHO refere que, “o jurista de ambiente deve confessar a sua humildade e reconhecer que sem amparo de outros ramos do direito não é possível edificar um *corpus* teórico suficientemente autónomo para abarcar todas as multidimensionalidades dos problemas ambientais”.³³¹

Com a afirmação supra, retiramos uma questão, a saber, se devem caber a outros ramos do direito, nomeadamente ao direito penal tutelar mais eficazmente o ambiente?!

Não repudiando a multidisciplinaridade que caracteriza o Direito do Ambiente, consideramos que está mais que assente, que há uma preponderância, evidente, do Direito Administrativo na esfera ambiental.

Prova disso, é a própria estrutura dos procedimentos administrativos ambientais, ou seja, o fato de caber à Administração funções de natureza regulatória, fiscalizadora e até mesmo sancionatória.

É verdade que poderíamos questionar a possibilidade de atuação penal na esfera do meio ambiente, porém dada a importância e centralidade que o direito administrativo assume no direito do ambiente, origina uma tarefa complexa, a de construção de um tipo penal ambiental que não esteja dependente de normas e de atos administrativos.

Mais ainda, concordamos que “o Direito Penal exprime-se apenas como *ultima ratio* da política social: ele só deve intervir onde e quando os mecanismos sancionatórios ao serviço de outros ramos de Direito não sejam suficientes para prevenir e reprimir a infracção”³³².

³³¹JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Juridicização*, pp.69 e ss..

³³²JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Introdução ao Direito do Ambiente*, p. 115.

Ou seja, a intervenção do Direito Penal é subsidiária, o mesmo só deve atuar quando os outros ramos do Direito não conseguem solucionar os problemas na ordem jurídica.

A Doutrina parece concordar quanto a este aspeto, já que “na ordenação do ambiente deve começar por recorrer-se a meios *não jurídicos* de política económica e social e de política geral e a meios *jurídicos não penais*, designadamente e de forma muito especial, a meios jurídico-administrativos”³³³.

Quanto à criação de crimes de perigo, a mesma gera algumas controvérsias, já que a causalidade é relativa ao perigo como evento, embora surja num plano potencial, sendo possibilidade de dano.

Ora, para ser considerado um crime de dano, tem que haver verdadeiramente uma lesão, para que seja legítima a intervenção do direito penal, o que, provavelmente, não assegura plenamente os objetivos de prevenção de certos bens jurídicos.

Nesta ótica, o direito penal, ao contrário do direito administrativo não se pauta pelo princípio da prevenção, o que poderá ser outro motivo para questionar a sua aptidão para se coadunar com os princípios do direito administrativo sancionatório.

É neste sentido, que o direito penal assume quase como uma dependência ao direito administrativo quando estão em causa a tutela dos recursos naturais, e daí a questão não ser de consenso na doutrina³³⁴.

Assim, a centralidade assumida pela atuação da Administração pode em, *ultima ratio*, originar repercussões na autonomia do direito penal.

Mais ainda, o que acontece na prática é uma dificuldade na captura e condenação dos criminosos originando que nenhuma pena seja efetivamente aplicada, ou seja, revela-se uma tarefa complexa, a de criar um tipo penal ambiental que não esteja dependente das normas ou atos administrativos.

O consenso apenas parece existir quanto ao reconhecimento de que o direito do ambiente cabe ao caráter repressivo do direito de mera ordenação social, porém “O pior é quando se congregam os autores a exigir mais firmeza na defesa do ambiente, dessa forma querendo eles exprimir ao legislador o seu desejo de que o direito penal seja

³³³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição), in *I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2002, p. 10

³³⁴ Repudiando de todo o caráter dependente do direito penal face a outros ramos de direito, reforçando a ideia da sua autonomia, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 2004, p. 14.

trazido para esta lição. Mais concretamente, há autores que, nestas matérias, exortam directamente à criminalização dos actos de desrespeito à Administração”³³⁵.

No quadro do CELE sabemos e reiteramos novamente que é a Administração que cabe determinar quais são os deveres ambientais dos operadores no mercado.

No que respeita, aos valores limites de emissão, os mesmos são remetidos, para normas de carácter unicamente administrativo, ou seja, a imposição aos operadores económicos perante a administração faz desta o papel principal na tutela ambiental.

Nesta linha, CARLA AMADO GOMES refere que “Quando a lei submete a actuação administrativa a parâmetros técnicos, a Administração não dispõe de qualquer margem de livre decisão, não formula qualquer juízo valorativo, reflexo de um balanceamento de interesses conflitantes, antes se encontra vinculada a uma base de sustentação da decisão constituída por juízos de conteúdo científico”³³⁶

Quanto ao mercado de emissões propriamente dito, ao criar-se autoridades administrativas altamente especializadas na matéria ambiental, pois detém os conhecimentos científicos necessários, permite-se assim uma maior eficácia nos procedimentos administrativos sancionatórios.

É nessa vertente que como vimos os princípios da prevenção e precaução assumem um papel central na defesa do direito do ambiente, no sentido de antecipação da tutela.

E é também neste sentido, que JORGE FIGUEIREDO DIAS afirma que cabe “sobretudo ao direito administrativo – porventura intensificado na sua vertente sancionatória, em nome de um Interventionsrecht –, a quem cabe por excelência, dada a sua natureza de braço executivo da própria Administração, a ponderação de milhares e milhares de situações conflitantes entre os interesses mais vitais da sociedade e os legítimos interesses dos administrados; e que por isso estará em posição inigualável para levar a cabo uma política de prevenção dos riscos globais”³³⁷.

Ao defendermos a ideia de um carácter auxiliar e secundário do direito penal na tutela do meio ambiente, não estaremos a subalternizar a atuação do direito penal na esfera

³³⁵PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a penal o direito penal do ambiente?*, Lisboa, 2000, p. 139-140.

³³⁶CARLA AMADO GOMES, *Risco*, p. 462.

³³⁷JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, Vol. 1, Coimbra, 2009, p. 4.

ambiental?! Já que a maioria dos crimes ambientais resultam de desobediências a normas administrativas.

No CELE, como vimos, estamos sempre envolvidos de emissões poluentes, sendo que, como veremos, o regime sancionatório é constituído pela multa por emissões excedentárias e pelo regime das contraordenações, ambos instrumentos administrativos sancionatórios.

Todavia, cremos que este direito administrativo de cariz sancionatória padece de alguns problemas, nomeadamente atento à gravidade das sanções aplicadas, não estaremos a “misturar” o direito administrativo sancionatório com o direito penal?.

Assim, cremos que cabe ao direito penal tutelar as agressões mais graves ao meio ambiente, sendo indispensável o auxílio do direito administrativo, já que o mesmo é o ramo que mais próximo se encontra das atividades poluidoras. Apesar dos vários modelos de acessoriedade, defendemos a forma relativa entre os dois ordenamentos jurídicos, por ser aquela que assegura uma maior segurança jurídica.

Quanto a outros problemas, nomeadamente, as normas penais em branco, as mesmas se forem preenchidas por prescrições administrativas não tendem a pôr em causa a eficácia da tutela penal ambiental³³⁸.

Podemos concluir que apesar da via administrativa ser a preferencial, já que os poderes de gestão ambiental são atribuídos a autoridades administrativas, fazendo assim que o direito administrativo assuma o papel principal na regulação ambiental. Cremos que o ordenamento jurídico-administrativo é influenciado pela tutela penal do ambiente.

³³⁸ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição), in *I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2002.

5. Regime sancionatório

O Direito do Ambiente é definido na ótica de CARLA AMADO GOMES como, “o conjunto de normas que regulam as intervenções humanas sobre os bens ecológicos, de forma a promover a sua preservação, a impedir destruições irreversíveis para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem na sua integridade e capacidade regenerativa”³³⁹.

Da última parte desta afirmação, resulta a existência de mecanismos punitivos e dissuadores de incumprimento que dependem da implementação de um sistema sancionatório.

Já tivemos oportunidade de analisar o regime sancionatório administrativo, sendo que agora cumpre nos analisar o regime sancionatório específico do CELE, que é, desde logo, constituído por regras que são aplicáveis, quando existam infrações às disposições nacionais³⁴⁰.

Dentro do regime sancionatório, podemos referir aquele que é o mais usual que é a penalização por emissões excedentárias, ou seja, quando o volume de emissões de uma instalação excede o número de licenças de emissão.

Mas temos, igualmente, que fazer menção ao regime das contra-ordenações ambientais que se encontra previsto no caso de violações às disposições legais.

5.1. Penalizações por emissões excedentárias

Apesar da Diretiva não definir o conceito de emissões excedentárias, consideramos que se trata de libertação excedentária de gases com efeito de estufa na atmosfera, a partir de fontes existentes numa instalação.

Já analisámos que a atribuição dos títulos de emissão implica que os operadores

³³⁹CARLA AMADO GOMES *Risco e Modificação do Acto Autorizativo dos Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra 2007, p. 132.

³⁴⁰ É o que estabelece no n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva 2003 quando prevê que: “Os Estados-Membros devem estabelecer as regras relativas às sanções aplicáveis em caso de infracção às

monotorizem e comuniquem as informações relativas às emissões, bem como a obrigação de devolução, anualmente, à Agência Portuguesa do Ambiente, de um número de licenças de emissão equivalente ao total de licenças de emissões por si efetuadas no ano civil anterior³⁴¹.

Daqui resulta que tem o operador o ónus de devolver à Administração todos os anos as emissões verificadas no ano anterior, sob pena de ficar sujeito a um pagamento de uma penalização pelas emissões excedentárias³⁴².

No quadro deste regime, podem as empresas comprar e vender licenças de emissão, todavia “no caso de não serem detentoras de licenças suficientes para cobrir as emissões reais, devem pagar um determinado montante por cada tonelada excedentária”³⁴³.

A multa a pagar por cada tonelada de dióxido de carbono emitida em excesso é de cem euros, ou seja, cada vez que o operador emite emissões excedentárias sem devolver a licença de emissão, terá que arcar com o pagamento dessa multa³⁴⁴.

Daí que o “O equilíbrio do sistema supõe, assim, a possibilidade de emissões excedentárias associando-lhes um sobrecusto que pretende ser dissuasor da opção de não proceder à compra de licença de emissões equivalentes às reais emissões das instalações envolvidas. Ora, tal efeito dissuasor, para ser eficaz, exige que o referido sobrecusto — assumido como penalidade — seja tendencialmente ilimitado, sendo determinado por soma aritmética do valor devido por cada tonelada excedentária adicional”³⁴⁵.

Quanto às características desta multa, a mesma é aplicada de forma uniforme em todo o espaço europeu, é de carácter vinculativo e tem um valor fixo. Mais ainda, o termo “multa” deve “ser encarado com um significado amplo de aplicação de uma penalização, sem que dele resulte uma indicação sobre a natureza da obrigação de

disposições nacionais aprovadas por força da presente directiva e tomar todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções impostas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas.”

³⁴¹Segundo do n.º 3 do artigo 22.º do RCLE, os operadores das instalações abrangidas devem enviar à APA um relatório que contabilize as emissões de CO₂ libertadas no ano civil anterior.

³⁴²É o que está previsto no n.º 1 do artigo 25.º do RCLE que tem por epígrafe “Penalizações por emissões excedentárias”, onde se estabelece que “O operador que não devolva, até 30 de Abril de cada ano civil, as licenças de emissão correspondentes às emissões verificadas no ano anterior, fica sujeito ao pagamento de uma penalização, pelas emissões excedentárias, de € 100 por cada tonelada de dióxido de carbono equivalente emitida à instalação relativamente à qual não devolveu licenças”.

³⁴³Acórdão n.º 80/2014 da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional no Processo n.º 911/12, p.10

³⁴⁴N.º 3 do artigo 16.º da diretiva CELE e n.º 1 do artigo 25.º do RCLE.

³⁴⁵Acórdão n.º 80/2014, p. 10.

pagamento das quantias devidas pelas emissões excedentárias”³⁴⁶.

Tanto a diretiva 2003 como o RCLE prevêm que a multa por emissões excedentárias deve ser aumentada tendo em consideração o índice europeu de preços no consumidor³⁴⁷.

A nível nacional, para além de todas as funções atribuídas à APA, compete lhe ainda, assegurar o pagamento das penalizações por emissões excedentárias, dispondo o operador de um prazo de noventa dias úteis para efetuar o pagamento³⁴⁸.

³⁴⁶Acórdão n.º 80/2014, p. 20.

³⁴⁷N.º 4 do artigo 16.º da Diretiva 2003/87 alterado pela Diretiva 2009/29/CE quando dispõe que: “A multa por emissões excedentárias relativa a licenças de emissão concedidas a partir de 1 de Janeiro de 2013 deve aumentar em função do índice europeu de preços do consumidor”.

Na mesma linha, o RCLE no seu DL n.º 38/2013, artigo 25.º n.º 4 prevê que “O valor previsto no n.º 1 é atualizado em função do índice europeu de preços no consumidor”.

³⁴⁸Relativamente à multa por emissões excedentárias, é interessante trazer à colação o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo sobre uma decisão administrativa que impunha o pagamento de uma multa por emissões excedentárias.

A questão incide sobre uma decisão do Tribunal Central Administrativo (TCA) em 2ª instância do Norte e tendo em conta o artigo 150.º n.º 1 do CPTA que estabelece que “Das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, excecionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”

Assim, decidiu se no TCA a anulação de uma decisão administrativa que impunha à empresa em questão o pagamento de uma multa de 71.120 euros devido as alegadas 1.778 toneladas de dióxido de carbono de emissões excedentárias.

Assim, vem o Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território pedir recurso de revista para o STA por considerar que conforme o 150º n.º 1 dispõe haver “a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental”.

A matéria de Direito que aqui se discute trata se de saber se há ou não violação do artigo 22.º do DL n.º 233/2004 de 14 de dezembro quando o mesmo dispõe sobre a monitorização e comunicação de Informações relativas as emissões, assim no n.º 2 dispõe que “o operador deve enviar para o Instituto do Ambiente, até 28 de fevereiro, relatório que contenha as informações relativas às emissões de instalação verificadas no ano civil anterior”.

Tendo em conta que a empresa em questão não enviou ao Instituto do Ambiente até ao prazo estabelecido o relatório onde constasse as informações sobre as emissões da instalação ocorridas no ano de 2006, deve o supra Instituto proceder a uma estimativa das emissões da instalação que advém desde logo do Princípio da metodologia de monitorização.

Contudo o que sucedeu foi que o Instituto do Ambiente calculou em 1.778 toneladas de CO2 a estimativa do valor das emissões da instalação que apelidou de excedentárias em com base no artigo 25.º n.º 2 “a multa por emissões excedentárias é de (euro) 40 por cada tonelada de dióxido de carbono equivalente emitida pela instalação relativamente à qual não devolveu licenças, com o limite de (euro) 14400”.

Vem a recorrente no entanto alegar que “perante a falta de envio do relatório a que alude o n.º 3 do art. 22º, o que se impunha ao Instituto do Ambiente era que procedesse fundamentada e justificadamente à estimativa das emissões da instalação da recorrente, de acordo com os princípios da monitorização estabelecidos para essa instalação e dessa estimativa notificasse a recorrente – n.º 5 do art. 23º - e ainda, querendo, sancionasse a recorrente, em termos de contra ordenação, pela violação do n.º 3 do art. 22º, com a respectiva coima, que, no caso das pessoas colectivas se situaria entre € 3.500 a € 44.890, de acordo com o disposto no art. 26º, n.º 1, al. c) do Dec. Lei 233/2004.”

A decisão do Tribunal foi não admitir revista visto que se tratam de situações distintas se por um lado a situação que se verifica nos artigos 22.º e 23.º a falta de envio pertinente do relatório é punível com coima pelo artigo 26.º n.º 2 alínea d). Por outro lado, será aplicar o artigo 25º à situação em causa e nesse caso a produção excedentária de toneladas de CO2 com multa de 40 euros por cada tonelada excedentária.

Mais ainda, caso o pagamento não seja efetuado a referida dívida será encaminhada e posteriormente cobrada mediante um processo de execução fiscal³⁴⁹.

Contudo, quanto à sua natureza jurídica, dir-se-à que esta multa é uma sanção pecuniária de natureza administrativa decorrente de uma contraordenação.

Em síntese, há uma clara distinção entre o regime das contraordenações e o das emissões excedentárias, isto porque, “a finalidade da penalização por emissões excedentárias consiste, por um lado, em fazer os operadores pagar por todas as emissões de GEE que tenham provocado (sem exceção!) e, por outro lado, em fazê-los pagar mais pelas emissões que excedam o cap (de modo a desincentivar o incumprimento). O que importa, portanto, é fixar para as emissões excedentárias um custo que seja proibitivo e que, consequentemente, desencoraje os operadores – por razões económicas – de emitir GEE sem devolver as correspondentes licenças”³⁵⁰.

5.2. Contraordenações

O regime das contraordenações é um dos meios possíveis da intervenção administrativa, que prevê uma coima como forma de penalizar o incumprimento de determinados deveres de conduta.

Assim, a nível ambiental a lógica é a mesma, trata-se de um procedimento puramente administrativo que compete às autoridades administrativas³⁵¹ fiscalizar as infrações a que o ambiente está sujeito.

A nível contraordenacional o RCLE ³⁵² remete para a lei-quadro das

O que está em causa é a interpretação das regras legais relativas às sanções legais pelo incumprimento de determinadas obrigações impostas às empresas emissoras de gases de efeito de estufa.

É de salientar que quando foi proferido este Acórdão ainda estava em vigor o Decreto-Lei n.º 233/2004, que foi objeto em 2009 de alterações pelo Decreto-Lei n.º 154/2009.

O referido acórdão constitui um exemplo perfeito da importância do relatório sobre as informações relativas às emissões da instalação para que o operador não seja prejudicado e alvo da sanção de pagamento de emissões excedentárias.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 1ª Secção de 09-10-2014 no seu Processo: 01002/14.

³⁴⁹N.º 7 do artigo 25.º do RCLE.

³⁵⁰TIAGO ANTUNES, *Ensaio*, p. 328.

³⁵¹O artigo 74.º da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais n.º 50/2006, de 29 de Agosto (alterada pelo DL n.º 42-A/2016, de 12/08) prevê que “Para efeitos da presente lei, consideram-se autoridade administrativa os organismos a quem compete legalmente a instauração, a instrução e ou a aplicação das sanções dos processos de contraordenação ambiental e do ordenamento do território.”

³⁵²Artigo 26.º do RCLE.

contraordenações ambientais³⁵³, que tem o seu regime substantivo estabelecido na parte I.

Nesta lei define se como “contraordenação ambiental todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para o qual se comine uma coima”³⁵⁴.

Estabelece igualmente a LQCA a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações³⁵⁵, doravante RGC, contudo a aplicação dos preceitos deste último, cingir-se-á apenas à fase judicial do processo.

A LQCA estabelece também o direito de acesso do pessoal das autoridades administrativas no exercício das funções inspetivas, de fiscalização ou vigilância³⁵⁶.

Daqui decorre, que as autoridades administrativas podem determinar o embargo de construções em áreas de ocupação proibida constituindo o embargo uma das medidas de tutela da legalidade³⁵⁷.

Se por um lado, o direto contraordenacional apresenta se assim como um direito penal secundário, se assim o quisermos chamar, porque tem em vista prevenir danos futuros e repará-los quando os mesmos já se encontram consumados.

Por outro, o regime das contraordenações constitui uma das formas do direito sancionatório administrativo que prevê a aplicação de sanções quando há um incumprimento de determinados deveres legais.

Constitui assim, uma contraordenação ambiental muito grave³⁵⁸ a violação do operador em possuir um TEGEE válido ou a violação pelo operador em não possuir uma conta no Registo Português de Licenças de Emissão³⁵⁹, em que o valor máximo de coima a aplicar a pessoa coletiva que tenha praticado uma contraordenação ambiental muito grave com dolo é de 5 000 000€³⁶⁰.

Integra por sua vez, uma contraordenação ambiental grave, a falsificação da

³⁵³Doravante LQCA.

³⁵⁴N.º 2 do artigo 1.º da LQCA.

³⁵⁵N.º 1 do artigo 2.º da LQCA.

³⁵⁶N.º 1 do artigo 18.º da LQCA.

³⁵⁷N.º 1 do artigo 19.º da LQCA.

³⁵⁸Artigo 21.º da LQCA

³⁵⁹Alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 26.º do RCLE.

³⁶⁰É o que prevê o artigo 22.º da LQCA

informação solicitada no âmbito de procedimentos como o pedido de TEGEE sem constar a identificação do operador ou a violação de obrigação de apresentação à APA, de determinadas informações, por exemplo do funcionamento da instalação, punível com coima em caso de dolo até 216 000 €³⁶¹.

A lei prevê ainda que associada à tutela contraordenacional possa utilizar se sanções acessórias³⁶² já que “a mera aplicação da coima traduziria uma quase impunidade do infrator, mas a utilização de sanção acessória de suspensão ou encerramento por um ano seria desequilibrada, na ponderação global dos interesses em causa”³⁶³.

É de salientar que o procedimento cautelar tem início com o decretamento de uma medida cautelar.

E existe, pois, um elo de ligação entre as sanções acessórias³⁶⁴ e as medidas cautelares, sendo que a lei prevê que a medida cautelar caduca quando se procede ao início do cumprimento de sanção acessória com efeito equivalente³⁶⁵.

Ressalve-se que apesar de ser uma mais-valia a possibilidade de prevenir danos futuros com a utilização do sistema contraordenacional, a realidade demonstra que por vezes a utilização de coimas para punir os infratores têm-se revelado uma tarefa difícil de implementar, isto porque a maior parte das vezes as empresas não conseguem suportar o pagamento do valor das coimas, acabando por ficar numa situação de impunidade.

Assim, consideramos que a via administrativa revela se a mais adequada no que respeita à aplicação de sanções aquando do incumprimento dos deveres de proteção do ambiente, porém somos apologistas que quando estamos perante infrações ambientais mais graves, a solução será a via que articule o regime contraordenacional com a via penal.

³⁶¹Alíneas a) e b) do artigo 22.º da LQCA e do n.º 2 do Artigo 26.º do RCLE.

³⁶²Artigo 29.º da LQCA.

³⁶³CARLA AMADO GOMES, As Contra-Ordenações Ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de agosto: considerações gerais e observações tópicas, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa 2012, p. 340.

³⁶⁴Previstas no artigo 30.º da LQCA.

³⁶⁵Alínea b) do n.º 2 do Artigo 41.º da LQCA.

Conclusão

O comércio de emissões poluentes integra o regime internacional, europeu e nacional de combate às alterações climáticas.

O quadro de urgência no combate contra as alterações climáticas, dos últimos anos, confere uma particular importância à regulamentação das emissões de gases com efeito de estufa - por um mecanismo que seja capaz de conciliar a vertente económica sem prejudicar o meio ambiente.

Parece evidente, que podemos afirmar que o que destaca o mercado de emissões dos outros mecanismos é o fato de ter carácter vinculativo e obrigatório e simultaneamente conferir aos operadores a liberdade para regularem as suas emissões, desde que não ultrapassem os limites legais.

O regime do comércio constitui um dos fatores essenciais para a continuação da realização dos objetivos do Protocolo de Quioto.

No que se refere às licenças de emissão, como vimos, do ponto de vista do direito administrativo são ainda muitas as interrogações no que respeita à sua natureza jurídica.

Quanto ao nosso texto constitucional, concluímos que a Constituição admite o comércio de emissões poluentes, mas há ainda indefinições, como a relativa à questão de saber, se há um direito a poluir?!

Evidenciámos também que, no nosso entendimento, existe uma substancial carga administrativa no mercado de emissões, ou seja, cabe à Administração fiscalizar o CELE, face a todos os procedimentos que o mesmo se encontra sujeito. É neste sentido que os instrumentos de fiscalização assumem uma particular importância de modo a que exista um controlo efectivo por parte da Administração.

Igualmente somos da opinião que a liberdade de transação dos títulos de emissão no mercado de emissões necessita de ser bem delineada, sob pena de violação do princípio da prevenção e do princípio do aproveitamento racional dos recursos naturais.

O CELE nasce de uma necessidade de mudança na resposta às alterações climáticas, aliás já KISS o tinha alertado quando referiu a necessidade de um “despertar da era

ecológica”³⁶⁶.

³⁶⁶ALEXANDRE KISS, Direito Internacional do Ambiente, in *Direito do Ambiente*, INA, Lisboa 1994, pp. 147 e ss..

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de - Tutela Jurisdicional em Matéria Ambiental, in Estudos de Direito do Ambiente, publicações Universidade Católica, 2003

AMARAL, Diogo Freitas do - Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Lisboa, 2001

ANTUNES, Luis Filipe Colaço - O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental, Almedina, Coimbra, 1998

ANTUNES, Tiago - Ambiente: Um Direito, Mas também um Dever in Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente, aafdl, Lisboa, 2014

ANTUNES, Tiago - Ensaio sobre a natureza jurídica das Licenças de Emissão no seio do mercado europeu de carbono, FDL, Lisboa, 2014

ANTUNES, Tiago - O Comércio de Emissões Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa, AAFDL, Lisboa, 2006

ANTUNES, Tiago - Os desastres naturais e as alterações climáticas - em especial, a resposta do ordenamento jurídico aos fenómenos meteorológicos extremos, in Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do território, AAFDL, 2014, p.484.

ARAGÃO, Maria Alexandra - O princípio do poluidor-pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no Direito Europeu, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente, Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, Actas de Colóquio, Faculdade de Direito de Lisboa, Novembro, 2009

BACHELET, Michel - A ingerência ecológica, Instituto Piaget, Lisboa, 1995

CABRITA, Rute Neto & SARAIVA, Gil - A Herança de Quioto em Clima de Incerteza, Análise Jurídico-Económica do Mercado de Emissões num Quadro de Desenvolvimento Sustentado, Lisboa, 2000

CAETANO, Marcello - Manual de Direito Administrativo, Coimbra Editora, Lisboa, 1963

CAETANO, Marcello - Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Almedina, 1977

CALVÃO, Filipa Urbano - As actuações administrativas no direito do ambiente, in Direito e Justiça, vol. XIV, Tomo 3, 2000, pp 122 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes - Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito, in RJUA, n. °4, 1995, pp. 69 e ss.

CARSON, Rachel - Primavera Silenciosa, Edições Melhoramentos, primeira edição em português, 1964

COELHO, Ricardo Sequeiros - Questionando a Comensuração do carbono, in Revista Crítica de Ciências Sociais, Dezembro, 2011, p. 71.

CUTANDA, Blanca Lozano - Derecho Ambiental Administrativo, 7ª edicao, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito Penal, Coimbra, 2004

DIAS, Jorge de Figueiredo - O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras, Vol. 1, Coimbra, 2009

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo - Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, in Cadernos CEDOUA, 2ª edição, Coimbra, 2007

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo & SANTOS, Cláudia Maria Cruz & ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – Introdução ao Direito do Ambiente – Coordenação Científica José Joaquim Gomes Canotilho, Universidade Aberta, Lisboa, 1998

DUARTE, DAVID, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, A Teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória, Almedina, Lisboa, 2006

ELLERMAN, Denny & CONVERTY, Frankj & PERTHIUS, Christian de - Pricing Carbon: The European Union Emissions Trading Scheme, New York: Cambridge University Press, 2010

EPINEY, Astrid - Climate Protection Law in the European Union – Emergence of a New Regulatory System, in Journal for European Environmental Planning Law, 2012, pp. 5 e ss.

FRANCO, Antonio de Sousa - Ambiente e Desenvolvimento, Enquadramento e Fundamento do Direito do Ambiente, Direito do Ambiente, INA, Oeiras, 1994

GARCIA, Maria da Glória, & MATIAS, Gonçalo - Constituição da República Portuguesa anotada Jorge Miranda e Rui Medeiros, Faculdade de Direito de Lisboa, Tomo I

GERRARD, Michael B. & WELTON, Shelley - US Federal Climate Change Law in Obama's Second Term, in Transnational Environmental Law, Volume 3, Issue 1, April 2014

GOMES, Carla Amado - A prevenção à prova no Direito do Ambiente. Em especial, os Actos Autorizativos Ambientais, Coimbra Editora, 2000

GOMES, Carla Amado - As Contra-Ordenações Ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: considerações gerais e observações tópicas in Revista do Instituto do Direito Brasileiro / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 340.

GOMES, Carla Amado - Direito do Ambiente, Anotações Jurisprudenciais Dispersas, 2ª edição in Revista do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 69.

GOMES, Carla Amado - Introdução ao Direito do Ambiente, AAFDL, 2012

GOMES, Carla Amado - O Ambiente como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente, in *Mundo Jurídico*, Lisboa, 1999, p. 10

GOMES, Carla Amado, ANTUNES, Tiago - O ambiente no Tratado de Lisboa: Uma Relação Sustentada, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 28 de mayo de 2010, p. 3

GOMES, Carla Amado - O licenciamento ambiental vol II, AAFDL, Lisboa, 2008

GOMES, Carla Amado - Risco e Modificação do ato autorizativo de deveres de proteção do ambiente, FDL, Lisboa 2007

GOMES, Carla Amado - Textos dispersos de direito do ambiente, Volume I, AAFDL, Lisboa, 2008

GONÇALVES, Pedro - Entidades Privadas com Poderes Públicos, Almedina, Coimbra, 2005

GORE, Albert - O Futuro, seis forças que irão mudar o mundo, Actual, 2013

HAGENBUCH, Tyler - Establishing an Aggressive Legal Framework for the Future of Wind Energy in Europe, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2009, p. 1607.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins - Temas de Direito do Ambiente, Cadernos o Direito nº 6 p. 58, Almedina, 2011

KISS, Alexandre - Direito Internacional do Ambiente, in *Direito do Ambiente*, INA, Lisboa, 1994

LETTERA, Francesco - Lo Stato ambientale e le generazioni future, in *RGA*, n.º 2, 1992

MENDES, Evaristo Ferreira - Constituição da República Portuguesa anotada, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Faculdade de Direito de Lisboa, Tomo I

MENDES, Paulo de Sousa - Vale a pena o direito penal do ambiente?, AAFDL, Lisboa, 2000

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui - Constituição da República Portuguesa Anotada, FDL, Tomo I

OLIVEIRA, Mário Esteves de - A publicidade, o notariado e o registo públicos de direitos privados – problemas substantivos, contenciosos e procedimentais, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001

OTERO, Paulo - Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra, Almedina, 2003

OTERO, Paulo - Manual de Direito Administrativo, Volume I, Coimbra, Almedina, 2014

PEEL, Jacqueline & OSOFSKY, Hari M. - Sue To Adapt?, Minnesota Law Review, 2015, p. 2177

PIÇARRA, Nuno - A Eficácia Transnacional dos Actos Administrativos dos Estados-Membros como elemento caracterizador do Direito Administrativo da União Europeia in em homenagem ao professor Dr. Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues - Lições de direito administrativo, vol I, Coimbra 1976

QUADROS, Fausto de - A nova dimensão do direito administrativo, Coimbra, Almedina, 1999

RODRIGUES, Anabela Miranda - Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição), in I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente, Lisboa, 2002

SANTOS, Pedro Kinanga dos - Direito Administrativo do Ambiente, Escolar Editora, Angola, 2015

SANZ RUBIALES, Íñigo - Régimen jurídico-público del mercado comunitário de derechos de emisión en españa, Lex Nova, 2007

SENDIM, José de Sousa Cunhal - Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos, Da Reparação do Dano através de Restauração Natural, Coimbra, Coimbra Editora, 1998

SILVA, Suzana Tavares da - Um novo Direito Administrativo? Coimbra, Universidade de Coimbra, 2010

SILVA, Vasco Pereira da - Em busca do acto administrativo perdido, Coimbra, Almedina, 1996

SILVA, Vasco Pereira da - Verde Cor do Direito (Lições de Direito do Ambiente) Coimbra, 2002

SPENCE, Samara - Three Structural Changes for a New System of International Climate Change Mitigation Agreements Based on the WTO Model”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 44, 2011, pp. 1426 e ss.

STEINBERG, Rudolf - Der ökologische Verfassungsstaat. FrankfurtT a.M.: Suhrkamp, 1998

SVENDSEN, Gert Tinggaard - Public choice and enviornmental regulation chelthenhon: tradable permit systems in the United states and CO2 taxation en Europe / Gert Tinggaard Svendsen. - Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar, XIX, 1998

TAKACS, David - Carbon Into Gold: Forest Carbon Offsets, Climate Change Adaptation, and International Law, California, 2009

TORRES, Gerald - Who owns the sky, in Pace Environmental Law Review, vol. 18, number 2, Summer 2001, p. 227

TOURINHO, Rita - Discricionariedade Administrativa, Lumen Juris Editora, Rio de janeiro, 2005

WIERSEMA, Annecoos - Climate Change, Forests, and International Law: REDD's Descent into Irrelevance, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, volume 47, number 1, 2014, p. 10

ZELLER, Bruno & LONGO, Michael – Carbon Reduction in the Post-Kyoto era. Have we progressed? A comparision, *Global Journal of Comparative Law*, volume 1, 2012, pp. 7-37

Lista de Jurisprudência

- Acórdão n.º 80/2014 da 2ª Secção do Tribunal Constitucional de 12 de março de 2014, processo n.º 911/12
- Acórdão da 1ª Secção do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de março de 2016, processo n.º 00303/09.9BEMDL
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 16 de dezembro de 2008, processo n.º C-127/07
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 08 de setembro de 2016, processo n.º C-461/15
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 26 de outubro de 2016, processo n.º C-506/14

Webgrafia

<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/Protocolo%20de%20Quioto%2011-12-1997.htm>.

<https://dre.pt/>

<http://curia.europa.eu/>.

<http://www.unep.org/climatechange/Publications/Publication/tabid/429/language/en-US/Default.aspx?ID=6306>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003L0087-20151029&from=EN>

<https://www.epa.gov/airmarkets/acid-rain-program>.

https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf.

<http://www.publicpower.org/files/PDFs/EPASchreifelsTrackingandComplianceSystems9102015.pdf>;

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/40/73.30>.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0256+0+DOC+PDF+V0//PT>